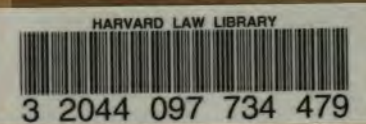
Über die Rechtsregel:

n… usam possessionis ipse mutare potest.



Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Königlichen Universität zu Breslau

vorgelegt

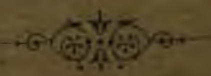
und

mit Genehmigung derselben veröffentlicht

von

Carl Fieberg,

Referendar.



Breslau.
Schlesische Volkszeitungs-Buchdruckerei.
1898.

F



Germany

Über die Rechtsregel:
nemo sibi causam possessionis ipse mutare potest.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Königlichen Universität zu Breslau

vorgelegt

und

mit Genehmigung derselben veröffentlicht

von

Carl Fieberg,

Referendar.

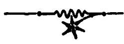


Breslau.

Schlesische Volkszeitungs-Buchdruckerei.

1898.

Inhalt.



Quellen.

Gai institution. II, 52—60.
corp. iur. civil.
D. I. 13. pr. de hered. petit. 5, 3;
l. 10. si pars hered. pet. 5, 4;
I. 6. de donation. 39, 5;
l. 9. § 5. de acquir. rer. dom. 41, 1;
tit. de adquir. vel amitt. poss. 41, 2;
l. 33. § 1. de usurp. et usucap. 41, 3;
l. 2. § 1. pro emtore 41, 4;
l. 2. §§ 15. 16. pro emtore 41, 4;
I. 2. § 21. pro emtore 41, 4;
l. 2. § 2. pro herede vel pro poss. 41, 5;
l. 1. § 2. pro donato 41, 6;
l. 1. § 2. quod legator. 43, 3;
l. 4. § 1. 6. § 2. l. 22. pr. i. f. de precario 43, 26;
C. l. l. 23. 25. de locato et conducto 4, 65;
tit. de adquir. et retin. possessione 7, 32;
basilicor. l. 50. tit. 2. § 19;
glossa: videatur ad l. 10. D. 5, 4,
mutare et posse ad l. 3. § 19. D. 41, 2,
casus ad l. 19. § 1. D. 41, 2,
causam poss. et extrinsecus ad l. 5. C. 7, 32;
Dionysii Gothofredi corp. iur. civil., Coloniae Munatianae, 1756, tom. I.
corp. iur. canon. lib. X de praescriptionibus 2, 26.
Koch, Allgemeines Landrecht, I.
C. P. O. § 779.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1. Lesung, 1888.
Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.



Litteratur.

Arndts, Pandecten, 13. A., Stuttgart, 1886.

Baron, Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes (Jhering, Jahrbb. für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 7, 1865);

Zur Lehre vom Besitzwillen (Jhering, Jahrbb. für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 29, 1890).

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig, 1880.

Brinz, traditio ficta (Bekker's Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd. 3)

Pandecten, I, 2. A., Erlangen, 1873.

Brissonius, de verborum significatione, Halae Magdeburgicae, 1743, lib. III.

Brunnemann, commentarius in pandectas, Francofurti ad Moenum, 1683.

Bruns, Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen, 1848.

Cuiacii oper., Neapoli, 1758, tom. IV. V. IX.

Dernburg, Pandecten, I, 4. A., 1894.

Donelli oper. omn., Romae, 1828, tom. I.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, München, 1897.

Gans, Scholien zum Gaius, Berlin, 1821.

Gesterding, Nachforschungen, V, 2.

Huschke, Über die usucapio pro herede (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 14).

Jhering, Über den Grund des Besitzesschutzes, 2. A., Jena, 1869;

der Besitzwille, Jena, 1889;

Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I, 5. A., 1891;

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 32, 1893.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II, 1, Leipzig, 1892.

Klein, Sachbesitz und Ersitzung, Berlin, 1891.

Leonhard, Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund im Entwurfe (Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages), 1889;

die besonderen Rechtszweige im Entwurfe, Marburg, 1892;

Institutionen, Leipzig, 1894.

Molitor, la possession, la revendication, la Publicienne et les servitudes en droit romain, Gand, 1868.

Pernice, M. Antistius Labeo, II.

v. Pininski, Thatbestand des Sachbesitzerwerbes, II, 1888.

Puchta, Cursus der Institutionen, 3. A., 1881, II.

Randa, Besitz, 4. A., Leipzig, 1895.

de Reisach, de antiqua iuris Romani regula: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, Landeshuti, 1821.

Salkowski, Institutionen, 6. A., Leipzig.

v. Savigny, Recht des Besitzes, Giessen, 1803.

v. Scheurl, Zur Lehre vom römischen Besitzrecht, Erlangen, 1886.

Schirmer, Über den Verlust des Besitzes deponierter und vom Depositar veruntreuter Sachen (Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, N. F., Bd. 11).

Thon, Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Bd. 4.

Vangerow, Pandecten, I, 7. A., Marburg, 1876.

Voet, commentarius ad pandectas, Halae, 1779, V.

Voigt, Über die condictiones ob causam und über causa und titulus im allgemeinen, Leipzig, 1862.

Waechter, Pandecten, 1881, II, Leipzig, 1881.

Witte, Über den Schutz durch Interdicte (Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, N. F., Bd. 18).



Ueber die Rechtsregel:
nemo sibi causam possessionis ipse mutare potest.

§ 1. I. Einleitung. Bedeutung des Willensmoments für das Rechtsdasein des Besitzes.

Was das römische und gemeine Recht bestimmt, das Besitzverhältnis aus dem Reiche der Thatsachen zu erheben in das Gebiet des Rechts, ihm den Charakter einer juristischen Thatsache und selbst — obwohl dies freilich noch immer bestritten wird — eines Rechts zuzuerkennen, das ist der zum Thatbestande jedes Besitzverhältnisses [1]) gehörende rechtlich wirksame Wille, die Gewalt über eine Sache auszuüben. „Das bloße Verhältnis der räumlichen Nähe der Person zur Sache ist ohne alle rechtliche Bedeutung." [2]) Der an der Straße schlafende Bettler, dem jemand ein Almosen in die Hand drückt, das kleine Kind, welches eine Banknote dem offenen Geldspinde seines Vaters entnimmt, stehen in einem nur räumlichen Verhältnis zur Sache. Damit dieses nur räumliche Verhältnis eine rechtliche Bedeutung gewinne, muß der rechtlich wirksame Wille hinzutreten; nur sofern der Inhaber [3]) die Gewalt über die Sache ausüben will und nur soweit dieser Wille an sich Rechtswirkungen zu erzeugen vermag, nur dann also, wenn ein Besitzwille im allgemeinen Sinn des Wortes vorhanden ist, verknüpft sich mit dem räumlichen Verhältnis ein Recht, erhält dasselbe ein Rechtsdasein.

Ebenso bedarf es zur Fortdauer des einmal entstandenen Besitzverhältnisses der Erhaltung des Besitzwillens in einer den

---

[1]) auch der Detention; vgl. **Ihering**, Besitzwille, S. 43, 44.

[2]) **Ihering**, a. a. O., S. 21 ff.

[3]) d. h. sowohl der Besitzer als auch der Detentor; vgl. **Ihering**, a. a. O., S. 1, 2.

Anschauungen des Verkehrs entsprechenden Weise. Nach **v. Scheurl**[4]) ist „zur Fortsetzung des Besitzes nichts erforderlich, als daß er nicht durch eine auf seinen Erwerb gefolgte neue Thatsache verloren gegangen ist; denn als dauernder Zustand ist er nichts anderes, als die sich von selbst fortsetzende Wirkung der Thatsache, welche seinen Erwerb bewirkt hat". Auch **Leonhard**[5]) meint, daß, wenn der Erwerbswille einmal geäußert sei, es eines besonderen bewußten Besitzerhaltungswillens nicht mehr bedürfe, daß vielmehr der anfänglich geäußerte Wille der Ergreifung weiterhin auf das Verhalten der Mitmenschen wirke, bis das Verbot, das er in sich schließe, in irgend einer Art erledigt sei. Dieser Ansicht scheinen mir zu widersprechen die l. 47. D. de adquir. vel. amitt. possessione 41, 2: si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est; cuius rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuevit **(Papinianus)** und die l. 37. § 1 D. de usurpationibus et usuc. 41, 3: fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex neglegentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore abfuerit **(Gaius)**. **Gajus** sowohl als auch **Papinian** stellen, dieser für Mobilien, jener für Immobilien, den Satz auf, daß durch Vernachlässigung der custodia, bei Grundstücken außerdem durch Tod ohne Erben und durch lange Abwesenheit der frühere Besitz untergehe. Damit er also fortbestehe, fordern sie custodia, Aufnahme des Besitzverhältnisses durch den Erben und gewöhnliches Verbleiben des Besitzers an Ort und Stelle. Die hier festgestellten Bedingungen für die Fortdauer des Besitzes beziehen sich nicht blos auf das corpus, d. h. „die äußere Seite des Besitzverhältnisses"[6]), sondern sie richten sich auch in unverkennbarer Weise auf den animus, die innere Seite desselben; denn das Gegenteil von neglegere, omittere custodiam, ex neglegentia domini vacare, sine successore decessisse, longo tempore

---

[4]) **v. Scheurl**, Zur Lehre vom römischen Besitzrecht, S. 75.

[5]) **Leonhard**, Institutionen, S. 256/57; vgl. **Leonhard**, Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund im Entwurfe, S. 21, Anm. 24, ferner **Leonhard**, Die besonderen Rechtszweige im Entwurfe, S. 99, 100.

[6]) So faßt mit Recht **v. Pininski**, Thatbestand des Sachbesitzerwerbes, II, S. 82, das **corpus** auf.

abesse, als Bedingung gesetzt für die Fortdauer des Besitzes, enthält weit mehr als die Forderung, daß die äußere Beziehung zur Sache erhalten bleiben müsse. Der Besitz ist eben nicht nur „die sich von selbst fortsetzende Wirkung der Thatsache, welche seinen Erwerb bewirkt hat", sondern die Fortsetzung der Thatsachen, welche seinen Erwerb bewirkt haben. Mehr also wird gefordert als die Fortdauer der äußeren Beziehung zur Sache, damit das Besitzverhältnis fortbestehe; der Besitzwille muß ebenfalls fortwirken. Allerdings ist hierzu nicht erforderlich, daß derselbe jeden Augenblick sich bethätigt oder auch nur auf die thatsächliche Herrschaft über die Sache sich richtet; vielmehr wird diese Fortwirkung in der Regel schon durch die Erhaltung der äußeren Beziehungen zur Sache sich zu erkennen geben. Es ist also hinreichend, daß der fortdauernde Besitzwille ein potentielles, nicht aber notwendig, daß er ein actuelles Sein habe. Nur in einem Falle[7]) sieht das römische Recht, utilitate suadente von dem Erfordernis der Fortdauer des Besitzwillens ab. Wenn nämlich der Besitzer in Wahnsinn verfällt, so soll der Besitz trotz der Endigung des Besitzwillens bestehen bleiben, ne languor animi damnum etiam in bonis adferat.[8]) Die Worte: utilitate suadente deuten unverkennbar darauf hin, daß der Satz ius singulare enthält[9]), und so bestätigt auch diese Stelle e contrario das Princip.[10])[11])

---

[7]) **Ihering**, a. a. O., S. 30: „in einem einzigen Ausnahmsfalle".

[8]) l. 44. § 6. D. de usurp. et usuc. 41, 3.

[9]) l. 16. D. de leg. 1, 3.

[10]) Nimmt man aber an, daß das Besitzverhältnis fortdauert nur durch eine normale Bethätiguug des Besitzwillens, so ergiebt sich von selbst, daß derjenige, welcher auf Usucapion oder ein possessorisches Interdict sich stützt, auch den Beweis von Thatsachen erbringen muß, durch die das Besitzverhältnis sich warnehmbar gemacht hat oder wahrnehmbar macht, und es bedarf keiner Umkehrung der Beweislast, zu welcher **v. Scheurl**, a. a. O., S. 76, sich gezwungen sieht. Vgl. **Ihering**, a. a. O., S. 162 ff. 167.

[11]) **Dernburg**, Pandecten, I, S. 430 hält ebenfalls das Aufhören des Besitzes ohne Entziehung durch einen andern allein in Folge fortgesetzter Vernachlässigung für möglich, will jedoch diese Art der Beendigung des Besitzes beschränken auf „Sachen, die nicht in unserem Gewahrsam sind, insbesondere offene Grundstücke". Damit stimmt aber wohl l. 47. D. de adquir. vel am. poss 41, 2 nicht überein; denn diese spricht von Mobilien, und zwar ganz allgemein. **Dernburg** ist ferner der Ansicht, die Endigung geschehe in Folge von Vernachlässigung corpore, nicht animo; es sei denkbar, daß der in Amerika hausende Besitzer, welcher wegen eines Vergehens aus der Heimat floh, sich des Ackers, den er in Europa zurückließ, sehr wohl erinnere und Besitzwillen

Andererseits genügt aber auch das Entstehen, Fortbestehen und Vergehen[12]) des Besitzwillens, um mit dem Besitzverhältnis das Besitzrecht zu verbinden, um dem Besitzverhältnis dasselbe zu erhalten und von ihm zu trennen. Ja, der sog. solo-animo-Besitzer kann seinen Besitz sogar schon allein durch Erhaltung seines Besitzwillens fortsetzen, und er bedarf zu diesem Zwecke gar nicht der thatsächlichen Herrschaft über sein Grundstück, welche doch sonst die Unterlage für das Rechtsdasein des Besitzes bildet.[13]) Der Wille entscheidet somit jedenfalls in Verbindung mit der thatsächlichen Herrschaft über die einzelnen Phasen im Rechtsdasein des Besitzes in ausschlaggebender Weise. „Das Besitzverhältnis ist eine That des Willens, die das Recht als solche respectiert, in der es die Macht des Willens als solchen anerkennt und schützt. Auf allen anderen Gebieten des Rechts ist der Wille, um die von ihm beabsichtigten Wirkungen zu erzeugen, an die Voraussetzungen gebunden, welche das Recht ihm vorzeichnet, auf dem Gebiete des Besitzes schafft er als solcher eine rechtliche Beziehung zur Sache, der wir den Character eines wenn auch noch so schwachen Rechtsverhältnisses an derselben nicht aberkennen können.“[14])

---

habe; dennoch erlösche sein Besitz, wenn er lange Zeit nicht in der Lage sei, um sein Grundstück sich zu kümmern. Es scheint mir dagegen darauf anzukommen, ob er dabei mehr der Not gehorcht oder dem eigenen Trieb. Liegt ein unüberwindliches Hindernis vor, so erlischt der Besitz nicht. Das sagt ausdrücklich l. 4. C. de adquir. et retin. poss. 7, 32. Aber der in Amerika weilende Grundbesitzer ist sehr wohl in der Lage, seinen Besitz weiter zu bethätigen, wenn auch nicht selbst, so doch z. B. durch einen Verwalter. Thut er das nicht, so fehlt es ihm nicht nur an der körperlichen Beziehung zur Sache, sondern auch an der zur Erhaltung des Besitzes notwendigen Fortdauer der Energie des Besitzwillens.

[12]) l. 3. § 6. i. f. D. de acquir. vel am. poss. 41, 2: itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem (Paulus).

[13]) l. 44. § 2. i. f. D. eod.: nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo,

l. 45. eod.: licet neque servum neque colonum ibi habeamus,

l. 46. eod.: quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possesionem ab alio occupatam ignoraret (Papinianus).

l. 3. § 7. D. eod.: sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides (Paulus).

[14]) **Jhering,** a. a. O., S. 50. Über die Stellung des B. G. B. zum Besitzwillen handelt die neue Bonner Inauguraldissertation von **Frank,** die mir leider noch nicht zu Gebote steht.

Auffallend erscheint dem gegenüber der in den Quellen wiederholt vertretene Satz: nemo sibi causam possessionis ipse mutare potest. Wie reimt sich dieser Satz mit der unbeschränkten Herrschaft des Willens im Besitzrechte? Setzt er demselben eine Schranke? Und wenn dies der Fall, in welchem Sinne stellt diese Schranke sich der Macht des Besitzwillens entgegen? Und unter welchen Voraussetzungen?

II. nemo sibi causam possessionis ipse mutare potest.

A. Unter welchen Voraussetzungen gilt die Rechtsregel?

§ 2. 1. Eine Besitzveränderung muß vorliegen.

Die Erforschung des Gedankens, welchen die Quellen durch die Rechtsregel: nemo sibi causam possessionis ipse mutare potest zum Ausdruck bringen wollen, unterliegt manchen Schwierigkeiten. Aufgestellt ist sie in ganz allgemeiner Form von den Juristen der Republik, wie uns **Marcellus** und **Paulus** berichten[15]; schon die klassische Zeit aber sieht sich veranlaßt, das Gebiet der Regel zu beschränken[16]; über ihren Sinn herrscht mithin unter den römischen Juristen selbst Streit. Zudem sagen uns die Quellen nie mit klaren Worten, wann sie zur Anwendung kommt, sondern beschränken sich meist darauf, uns Fälle mitzuteilen, in welchen eine Besitzveränderung nicht von ihr getroffen wird. Es ist deshalb geboten, durch Gegenüberstellung der einzelnen Fragmente zunächst eine feste Grundlage zu schaffen und die Voraussetzungen des Satzes zu ergründen. Erst auf Grund dieser Untersuchung wird es möglich sein, seinen wahren Sinn und seine rechtliche Bedeutung zu erfassen.

Erste Vorbedingung für die Geltung der Regel ist Besitzveränderung. Nur gegen den Besitzer richtet sie sich und auch

[15]) l. 19. § 1. D. de acquir. vel amitt. poss. 41, 2 (**Marcellus**);
l. 3. § 19. D. eod. (**Paulus**).

[16]) l. 19. § 1. D. cit.;
l. 33. § 1. D. de usurp. et usuc. 41, 3 (**Julianus**).

gegen diesen nur dann, wenn er seinen Besitz in einen Besitz anderer Art verwandeln will.

l. 19. § 1. D. de acquir. vel am. poss. 41, 2: quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa possideret, non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit (Marcellus). Mit unzweideutigen Worten verlangt hier **Marcellus** als Voraussetzung juristischen Besitz; auf die Detention lassen sich die Worte: qui et corpore et animo possessioni incumbens nicht beziehen. Die Regel greift deshalb dann nicht ein, wenn der Besitzvertreter Besitzer werden will; es mangelt in diesem Falle eben an der mutatio possessionis, weil der Besitzvertreter possessor im juristischen Sinne nicht ist.

l. 33. § 1. i. f. D. de usurp. et usuc. 41, 3: cum haec igitur recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, (nämlich daß eine Besitzveränderung auf Grund eines Titels und mit Einwilligung des Eigentümers der Regel nicht verfalle), quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet, et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emtore possidere“ **(Julianus)** und ebenso l. 3. § 20. D. de acquir. vel am. poss. 41,2: sed si is, qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem **(Paulus)**. Beide Juristen stützen ihre Entscheidung auf den Mangel einer Voraussetzung für die Geltung des Satzes, nämlich auf den Mangel der possessio. Diese Begründung muß jedoch in einem ganz besonderen Sinne verstanden werden. Richtig gewürdigt werden kann sie erst in Folge der Beleuchtung durch zwei andere Stellen:

l. 2. § 1. D. pro herede vel pro poss. 41,5: quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. et propterea responsum est, neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse **(Julianus)**;

l. 2. § 2. D. eod: filium quoque donatam rem a patre pro herede negavit usucapere Servius, scilicet qui existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre. cui consequens est, ut filius a patre heres institutus res hereditarias a patre sibi donatas pro parte coheredum usucapere non possit **(Julianus)**.

Besteht nicht ein Widerspruch zwischen diesen beiden Stellen aus dem Titel pro herede einerseits und l. 33. § 1. D. cit. und l. 3. § 20. D. cit. andererseits? Wird hier nicht der Satz ausdrücklich erstreckt auf die naturalis possessio, dort dagegen in zwei verschiedenen Fällen die Anwendung desselben abgelehnt, weil es sich nicht um Veränderung, sondern erst um Erlangung des Besitzes handele? Der Widerstreit der Stellen scheint allerdings auf der Hand zu liegen. Um denselben beizulegen, hat **Schirmer**[17]) angenommen, daß die Regel auch gegen den detentor gehe und die Contrectation dann ausschließe, wenn der animus rem sibi habendi nicht genügend bethätigt werde; ein Depositar z. B., so führt **Schirmer** aus, erhalte nicht früher Besitz an den ihm anvertrauten Sachen, als er seinen animus domini in unzweideutiger Weise durch eine erkennbare Handlung kund gethan; man brauche ja causa nicht ausschließlich von der iusta causa zu verstehen und könne possidere in seiner allgemeinsten Bedeutung fassen. Indessen die Regel untersagt doch wohl überhaupt eine Veränderung des Besitzes aus Eigenmacht; daß sie nur diejenige Besitzveränderung verbieten wolle, welche durch einen innern Entschluß erfolge, den Schluß dürfte das Wort ipse nicht zulassen. Richtet sich die Regel aber gegen j e d e eigenmächtige Besitzveränderung, so müßte, falls ihr auch der detentor unterläge, die Entsetzung durch diesen, weil er durch die Entsetzung eigenmächtig seine Detention (possessio naturalis) in juristischen Besitz (possessio civilis) verwandelt, stets, insbesondere auch dann ausgeschlossen sein, wenn die Entsetzung nicht blos durch den innern Entschluß, sondern durch äußerlich erkennbare Handlungen erfolgte. Wer deshalb die Entsetzung durch den detentor für möglich hält, leugnet zugleich, daß die Verwandlung des Vertreterbesitzes in der juristischen von der Regel berührt

[17]) **Schirmer**, über den Verlust des Besitzes deponierter und vom Depositar veruntreuter Sachen (Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, N. F., Bd. 11, S. 449 ff.). Seine Ansicht ist wohl jetzt die herrschende. Ihr huldigen insbesondere auch **Ihering**, a. a. O., S. 359, Anm. 1, **Leonhard**, Institutionen, S. 252 und **Karlowa**, Römische Rechtsgeschichte, II, 1, S. 312.

werde[18]). Im Gegensatz zu **Schirmer** vertritt **Baron**[19]) den Standpunkt, daß die Regel zur Zeit der klassischen Juristen auf den detentor keine Anwendung gefunden habe; denn der detentor, so führt er aus, habe keine possessio, also auch keine causa possessionis; und weil er keine causa possessionis habe, so könne er auch keine andere dafür eintauschen; die entgegengesetzte Ansicht könne für sich nur ein Fragment, nämlich die l. 2. § 1. D. pro herede vel pro possessore 41, 5 ins Feld führen; dasselbe stelle aber eine Interpolation dar und habe im Werke Julians die Fortsetzung der l. 33. § 1. D. de usurpat. et usuc. 41, 3 gebildet; Julian würde mit sich selbst in Widerspruch geraten, wenn das Fragment in dieser Form ihm entstammte. „Julian bestimmt die Grenze der Regel: nemo sibi ꝛc. innerhalb des Usucapionsbesitzes, er erklärt, sie beziehe sich blos auf die lucrativa usucapio, und erhärtet dies durch mehrere Beispiele: Ein pro possessore possessor verändert sich nicht eigenmächtig die causa, wenn er vom Eigentümer oder von dem, den er dafür hält, die Sache kauft; ebenso wenn er des Eigentümers Erbe wird oder sich dafür aus guten Gründen hält; jener besitzt demnach pro emtore, dieser pro herede. Nun folgen die Worte: cum haec igitur recipiantur . . .; Julian wendet sich zum detentor, auch dieser verändert sich nicht eigenmächtig die causa, sondern besitzt pro emtore, wenn er vom vermeintlichen Erben des Verpächters das Grundstück kauft; in der Begründung dieses Satzes stellt sich Julian ganz auf den Standpunkt der l. 3. § 20. D. de adquir. vel am. poss. 41, 2; die Regel, erklärt er, ist auf den pro possessore possessor nicht anwendbar, weil es an der lucri faciendi causa in den angeführten Beispielen fehlt; auf den colonus nicht blos deshalb, sondern auch, weil er gar keinen Besitz weder bei Lebzeiten noch nach dem Tode des Grundstückseigentümers hatte. Sollte nun

18) Vgl. **Witte**, Über den Schutz durch Interdicte (Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, N. F., Bd. 18, S. 294). Ferner **Brinz**, Pandecten I, S. 528: „Wie könnte, wenn der Satz auf den Contrectanten Anwendung fände, der Depositar überhaupt stehlen?“ Dagegen erachtet **Gesterding**, Nachforschungen, V, 2, S. 61—62, auch für die Verwandlung der Detention in Besitz die Zustimmung des Vertretenen für notwendig; blos einseitiges Wollen ohne Zustimmung desselben vermag nach seiner Ansicht das bloße Innehaben nicht in Besitz zu verwandeln.

19) **Baron**, zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes (Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 7, S. 156 ff.).



Julian in demselben Buche desselben Werkes zwei verschiedene Auffassungen wirklich vorgetragen haben?"[20]) Ob an dieser Stelle eine Interpolation anzunehmen ist, lasse ich dahingestellt.[21]) Der Widerspruch, in welchen nach Baron's Ansicht Julian hier mit sich selbst gerät, scheint mir diese Annahme nicht zu rechtfertigen. Es darf nämlich nicht übersehen werden, daß sowohl l. 2. § 1. D. pro her. vel pro poss. 41, 5 als auch l. 2. § 2. D. eod. handeln von der Umwandlung des Vertreterbesitzes in den Ersitzungsbesitz, d. h. eine besondere, höhere Form des juristischen Besitzes. M. E. will Julian in l. 2. D. pro her. vel pro poss. 41, 5 cit. folgendes ausführen: Die Regel kann in einem besonderen Sinne auch auf den Naturalbesitz Anwendung finden. Ein Pächter, Depositar, Commodatar wird nämlich, wenn er das gepachtete Grundstück, die deponierte oder commodierte Sache zu usucapieren beschließt, oder auch schon vorher, wenn er sie nur contrectiert, clandestinus possessor bez. fur, also malae fidei possessor. Aber er bleibt auch malae fidei possessor, mag er entweder zugleich mit der Besitzergreifung oder erst nach derselben den Entschluß fassen, zu seinem Vorteil einen Usucapionsbesitz pro herede zu beginnen. In solcher Erwägung hat auch Servius bei einem Haussohn, welcher ein Geschenk seines Vaters nach dessen Tode besitzt — Servius glaubte nämlich, solch ein Haussohn habe an dem Geschenke seines Vaters zu dessen Lebzeiten Naturalbesitz — die usucapio pro herede für ausgeschlossen erklärt. Eine Schenkung des Vaters an den Haussohn ist nun aber nichtig. Behält der Sohn also das Geschenk nach dem Tode des Vaters, ohne selbst dessen Erbe zu sein, so wird er pro possessore possidens und vermag durch seinen Entschluß allein seinen Besitz für die usucapio pro herede nicht zu qualificieren. Und ist der Sohn Miterbe, so entzieht sich der Besitz der Geschenke seines Vaters insofern der Erbenersitz, als die anderen Miterben Anspruch auf dieselben haben. Doch ein Bedenken waltet hier noch ob. Man könnte nämlich nicht in der malae-fidei-possessio, sondern in dem Zusatz: scilicet qui existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre sowohl im Sinne Julians als auch des Servius den Grund erblicken für die Entscheidung, welche vorangeht. Indessen Julian teilt diese Ansicht des Servius wohl nicht; denn die Form, in welcher er

[20]) **Baron**, a. a. O., S. 158/159.

[21]) **Brinz**, a. a. O., spricht sich gegen die Annahme einer Interpolation aus.

den Zusatz macht, läßt eine Sondermeinung des Servius vermuten. Trotzdem gelangt er durch Ausdehnung der Entscheidung des Servius auf einen ähnlichen Fall zu demselben Ergebnis und billigt somit die Entscheidung des Servius als solche. Diese eigene Entscheidung Julians kann nun keinesfalls auf der Annahme beruhen, daß der Haussohn an den Geschenken seines Vaters zu dessen Lebzeiten Naturalbesitz habe und deshalb als Detentor seinen Besitz nicht veränderu dürfe, wenn Julian selbst ihm keinen Naturalbesitz zu Lebzeiten seines Vaters zuschreibt. Sie ist aber der Entscheidung des Servius durchaus conform und beruht augenscheinlich auf demselben Grundsatze wie diese. Julian kann also auch für die Entscheidung des Servius den Grund nicht erblicken in dessen Sondermeinung, daß der Haussohn an den Geschenken seines Vaters zu dessen Lebzeiten Naturalbesitz habe[22]), und erwähnt letztere nicht zur Begründung seiner Entscheidung, sondern vielleicht nur, um den Zusammenhang des § 1. mit dem § 2. der l. 2. D. pro herede vel pro possessore 41, 5 zu erklären, weil er auseinanderzusetzen beabsichtigt, inwiefern der Satz auf die possessio naturalis zutreffe, und befürchtet, die Erwähnung der Entscheidung des Servius könnte demjenigen unverständlich bleiben, welcher nicht weiß, daß Servius dem Haussohn eine possessio naturalis an den Geschenken seines Vaters beigemessen habe. Durch die Entscheidungen der l. 2. D. pro her. vel pro poss. 41, 5 cit. unterwirft demnach Julian die Besitzverhältnisse des Pächters, Depositars, Commodatars und des Haussohns, der von seinem Vater etwas zum Geschenk erhalten hat, dem Satze: nemo sibi etc. nicht schlechthin; er will nicht ausführen, daß jede eigenmächtige Veränderung eines dieser Besitzverhältnisse, weil dasselbe eine naturalis possessio sei, durch die Regel verboten werde; sondern er will zeigen, daß diese Besitzverhältnisse bisweilen ebenfalls von der Regel getroffen werden können, nämlich dann, wenn der Pächter, Depositar, Commodatar oder der Haussohn eigenmächtig Ersitzungsbesitz an den ihnen übergebenen Sachen zu beginnen versuchen, in der That aber nur contrectieren und pro-possessore-possessores, nicht Ersitzungsbesitzer werden. So aufgefaßt, steht die l. 2. D. pro herede vel pro poss. 41, 5 cit. nicht in schroffem Widerspruch mit den vorher erwähnten l. l. 33. § 1. D. de usurp. et

[22]) Dies meint auch **Klein**, Sachbesitz und Ersitzung, S. 440, Anm. 57.

usuc. 41, 3 und 3. § 20. D. de acquir. vel amitt. poss. 41, 2, und es bedarf, um sie zu vereinigen, weder der Annahme **Schirmer's**, daß auch der Nichtbesitzer der Regel schlechthin unterliege, noch der Annahme **Baron's**, daß die l. 2. D. pro herede vel pro poss. 41, 5 interpoliert sei.

Trifft die Regel aber auch den Nichtbesitzer in der gekennzeichneten Weise, so darf andererseits die Thatsache, daß es an einem juristischen Besitz fe[illegible]lechthin niemals zur Rechtfertigung der Behauptung ins Feld geführt werden, daß im einzelnen Falle die Regel keine Anwendung finde. Und doch geschieht dies in den soeben bezeichneten l. l. 33. § 1. i. f. D. 41, 3 und 3. § 20. D. 41, 2. Ihre Erklärung finden diese Begründungen, wenn man sie auffaßt als argumenta a majori ad minus. Nur bisweilen, so wollen Julian und Paulus sagen, trifft der Satz den Nichtbesitzer, stets aber den juristischen Besitzer; handelt es sich um juristische Besitzer, so hat die Regel keine Geltung; indessen wäre dann vielleicht noch ein Zweifel denkbar; derselbe ist aber ceteris paribus ganz und gar ausgeschlossen, wenn die in Frage stehenden Personen Nichtbesitzer sind, die gar nicht vermögen, die Aenderung ihrer Besitzstellung zu beschließen, da sie eben erst einen Besitz erlangen. Die Anwendbarkeit der Regel aber auf den Nichtbesitzer überhaupt wollen auch diese Stellen nicht in Abrede stellen.

Das oben aufgestellte Princip, daß juristischer Besitz Vorbedingung für die Geltung der Regel sei, wird dadurch, daß ihr auch derjenige Nichtbesitzer unterliegt, der seinen natürlichen Besitz eigenmächtig in Ersitzungsbesitz verwandeln will, nicht durchbrochen, denn juristischer Besitz ist ja das erste Erfordernis des Ersitzungsbesitzes; der detentor, der die detinierte Sache eigenmächtig als Usucapionsbesitzer besitzen will, contrectiert sie in demselben Augenblicke und erlangt so (malae-fidei-) possessio; so oft also ein detentor eigenmächtig Usucapionsbesitzer zu werden beschließt, handelt es sich in Wirklichkeit um den Versuch, die malae-fidei-possessio in Ersitzungsbesitz umzuwandeln.

Verfallen kann der Rechtsregel demnach nur ein juristischer Besitzer, aber auch dieser nur dann, wenn er die Veränderung seines Besitzes in einen anderen juristischen Besitz beabsichtigt. Das zeigen die Worte: hoc statuit, ut alia ex causa id possideret, non si quis u. s. w. in l. 19. § 1. D. 41, 2 und: lucri faciendi causa inciperet possidere in l. 33. § 1. D. 41, 3. Nicht erfährt die Regel also eine Verletzung, wenn der Besitz aufgegeben wird,

sei es, um sofort ihn auf einen neuen Rechtsgrund hin zu erwerben, si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit, sei es, um fortan die Sache für einen andern zu besitzen als Besitzvertreter: quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere; nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio; nec idem est possidere et alieno nomine possidere, nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.[23])

§ 3. 2. Die Besitzveränderung muß mala fide erfolgen.

Doch nicht auf jede Besitzveränderung findet unsere Rechtsregel Anwendung. Erforderlich ist vielmehr, daß die Veränderung mala fide erfolge; derjenige, welcher die Veränderung vornimmt, muß sich bewußt sein, daß er bona fide nicht besitze, wenn er einen neuen Besitz zu beginnen beschließt: l. 33. § 1. D. de usurp. et usucap. 41, 3: quod volgo respondetur ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis sciret se bona fide non possidere et ... inciperet possidere (Julianus).[24]) Es fragt sich vor allem, was unter der mala fides zu verstehen sei. Daß die bona fides hier mit dem Usucapionstitel nichts gemein habe und weder als Folge noch als Ergänzung desselben zu betrachten sei, ja, daß sie zum Usucapionsbesitze überhaupt in keiner Beziehung stehe, leuchtet ein; denn in l. 22. pr. D. de precario 43, 26 und ebenso in l. 6. § 3. D. eod. wird die Rechtsregel auch mit Bezug auf die Verwandlung einer vitiosa possessio in den sog. abgeleiteten Besitz erwähnt, sie betrifft also an sich auch diese Umänderung, auch diese Umänderung

[23]) l. 19. § 1. l. 18. pr. D. de acquir. vel am. poss. 41, 2.

[24]) **Klein**, a. a. O., S. 440 ff. behauptet, **Julian** habe das Moment der bona fides in die Regel überhaupt erst eingeführt, um derselben die Wendung gegen die causalosen Usucapionen (usucapio pro herede und usureceptio) zu geben; mit dem Urzweck der Regel stehe dieses Moment nicht in Verbindung. Für diese Behauptung läßt sich jedoch in den Quellen eine feste Stütze nicht finden. Man kann sie demnach nur als Hypothese betrachten. Für **Klein** freilich liegt diese Vermutung deshalb nahe, weil er die causa possessionis im ursprünglichen Sinne der Rechtsregel als den zweiseitigen rechtsgeschäftlichen Erwerbsgrund des Besitzers auffaßt.

erfolgt mithin bona oder mala fide, je nachdem sie von der Regel getroffen wird oder nicht; und dennoch ist von Usucapionsbesitz nicht die Rede. Für unsere Rechtsregel wird man demnach die bona fides definieren können als die redliche Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit des Besitzes, die mala fides dagegen als das Bewußtsein, daß dem Besitze bessere Ansprüche auf denselben entgegenstehen. Mala fides ist aber auch anzunehmen bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit, es sei denn, daß diese aus reiner Scrupulosität entspringen[25]), und bei Rechtsirrtum, nicht aber bei error probabilis. Wer also von einem entmündigten prodigus, von dessen Entmündigung er entschuldbarer Weise nichts ahnt, eine demselben gehörende Sache, welche er mala fide bereits von einem dritten erworben hat, noch einmal kauft, erhält nunmehr Usucapionsbesitz und verfällt der Regel nicht, wohl aber, wenn er glaubt, der entmündigte prodigus sei zum Abschluß des Kaufvertrags berechtigt.[26]) Sind nun weiter die beiden von Julian geforderten Voraussetzungen, das Bewußtsein schlechtgläubigen Besitzes nämlich und der Vorsatz, einen neuen Besitz zu beginnen, als gleichzeitig oder als ungleichzeitig zu denken? Mit anderen Worten: muß die mala fides dem Besitze bereits vor dem Entschlusse, einen neuen Besitz zu beginnen, anhaften und so sich auf den Entschluß selbst übertragen, oder greift die Regel auch dann ein, wenn die mala fides erst durch den Entschluß entsteht, indem dieser selbst mala fide gefaßt wird? Daß Julian nur das eine oder nur das andere gemeint habe, läßt sich schwerlich erhärten. So sehr die Fortsetzung der l. 33. § 1. D. de usurpat. et. usuc. 41, 3 cit. für die erstere Ansicht spricht, ebenso streitet die l. 2. § 1. D. pro herede vel pro poss. 41, 5 für die letztere; denn der Colone, der Depositar, der Commodatar, welcher eigenmächtig pro herede zu besitzen beschließt, kommt eben erst durch diesen Entschluß in malam fidem. Im Sinne Julians genügt es also wohl, daß das Bewußtsein der malae-fidei-possesio mit dem Entschluß, einen neuen Besitz zu beginnen, zusammentrifft und daß der Entschluß selbst mala fide gefaßt wird.[27]) Erst recht ist die mala fides im Augenblicke der beabsichtigten Veränderung allerdings dann vorhanden, wenn schon der vorhergehende Besitz malae-fidei-possessio war. In diesem Falle kann sie freilich durch eine Vereinbarung mit dem

[25]) **Brinz**, Pandecten, I, S. 631.

[26]) l. 2. § 15. 16. D. pro emtore 41,4.

[27]) Dies ist wohl auch die Ansicht **Schirmer's**, a. a. O., S. 446.

Berechtigten wieder gehoben werden. Aber eine Verwandlung gerade dieser Art betrifft unsere Rechtsregel nicht, sondern

§ 4. 3. Die Besitzveränderung muß eigenmächtig erfolgen.

Selbst muß der Besitzer die Umwandlung seines Besitzes vornehmen. Geschieht dieselbe nicht eigenmächtig, sondern auf einen bestimmten Rechtsgrund hin und mit Einwilligung des wirklichen oder vermeintlichen Eigentümers, so wird die Regel nicht verletzt.

l. 22. pr. D. de precario 43, 26: si is, qui pro possessore possideret, precario dominum rogaverit, ut sibi retinere liceret, vel is, qui alienam rem emisset, dominum rogaverit, apparet eos precario possidere. nec existimandos mutare sibi causam possessionis, quibus a domino concedatur precario possidere. nam et si id, quod possideas, alium precario rogaveris, videri te desinere ex prima causa possidere et incipere ex precario habere (Venuleius). l. 6. § 3. D. de prec. 43, 26: Julianus ait eum, qui vi alterum deiecit et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario neque existimare sibi ipsum causam possessionis mutare, cum voluntate eius, quem deiecit, coeperit precario possidere. nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emtore posse dominium capere (Ulpianus).

Eigenmächtig verändert ein pro possessore possidens demnach seinen Besitz nicht, wenn er auf Grund eines mit dem Eigentümer abgeschlossenen precarium sich zum precaristischen Besitzer macht. Dieser Fall steht nicht auf gleicher Stufe mit l. 18. § 1. D. 41, 2 cit. Dort wird Besitz in Nichtbesitz verwandelt. Den precaristischen Besitz aber nennen Ulpian und Venulejus ausdrücklich Besitz: meminisse autem nos oportet eum qui precario habet, etiam possidere[28]); quoniam aliquid ad eum per hanc precarii rogationem pervenit, id est possessio, quae aliena sit[29]). Es erfolgt also hier eine Veränderung des einen Besitzes in den andern, und deshalb werfen die Juristen die Frage auf, ob diese mutatio causae possessionis unter unsere Rechtsregel falle. Sie verneinen sie aber, denn die Veränderung ist erfolgt auf Grund eines Titels und mit Zustimmung des Eigentümers. Derselbe Gedanke beherrscht die Erörterung Julians

---

28) l. 4. § 1. D. de precario 43, 26.
29) l. 22. pr. D. de precario 43, 26.

in l. 33. § 1. D. de usurp. et usuc. 41, 3: si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore; sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emtore possidere nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse idemque iuris erit etiam, si a non domino emerit, cum existimaret, eum dominum esse. Ein malae-fidei-possessor kauft das von ihm besessene Grundstück vom Eigentümer, er beginnt pro emtore zu besitzen und verfällt nicht der Regel; denn nicht durch bloßen Entschluß wird die Besserung seiner Besitzstellung herbeigeführt, sondern durch eine traditio brevi manu vonseiten des wirklichen oder vermeintlichen Eigentümers auf Grund eines Vertrages, durch Belassung der Sache bei dem Besitzer infolge des Verkaufs[30]).

Vereinigen sich jedoch beide Momente, Rechtsgrund und Einwilligung des Eigentümers nicht, so tritt die Regel in Kraft. Fehlt die traditio, so ist die Verbesserung der Besitzstellung trotz des Rechtsgrundes ausgeschlossen: l. 5. D. de acquir. vel am. poss. 41, 2: si ex stipulatione tibi Stichum debeam et non tradam eum, tu autem nactus fueris possessionem, praedo es. aeque si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emtore possides, sed praedo es.[31]) Notwendig ist es nicht, daß die Ueberlassung des Besitzes auf dem freien Willen beruhe. Der Wille kann auch ergänzt werden durch den höheren Willen der Gesamtheit, durch das Gesetz: l. 2. § 21. D. pro emtore 41, 4: si rem alienam emero et, cum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione. sed si litis aestimationem sufferre maluerim, ait Julianus, causam possessionis mutari ei, qui litis aestimationem sustulerit, idemque esse, si dominus ei, qui rem emisset a non domino, donasset, eaque sententia vera est (Paulus). Wer die Streitsumme gezahlt, hat nicht blos einen Titel erhalten, sondern das auf eine Geldsumme lautende Urteil befreit ihn von der Verpflichtung zur Realleistung und ersetzt so die auf Besitzüberlassung gerichtete Willenserklärung des Eigentümers. Praktische Bedeutuug hat die Entscheidung in dieser Gestalt allerdings nur für das reine römische Recht, da der römische Richter den Beklagten,

---

30) l. 9. § 5. D. de acquir. rer. dom. 41, 1.

31) Ebenso l. 9. C. de acquir. et retinenda poss. 7, 32.

welcher sich seinem arbitrium nicht fügte, nur auf Geld verurteilen konnte, während im heutigen Recht auf Herausgabe der Sache selbst erkannt werden kann. Jedoch der Grundgedanke der angeführten Entscheidung ist auch heute noch lebendig. Hat z. B. jemand eine Sache, welche er gekauft, vom Verkäufer aber nicht übergeben erhalten, auf irgend eine andere Weise in seinen Besitz gebracht, so kann er den Verkäufer auf Abgabe der Traditionserklärung mit der actio emti verklagen, und die Willenserklärung gilt als abgegeben, sobald dieser rechtskräftig verurteilt worden ist[32]). Fehlen kann die traditio natürlich beim Erwerb des Besitzes einer Erbschaft, hier bedarf es nur einseitiger Antretung auf Grund des Titels pro herede: l. 33. § 1. D. de usurp. et usuc. 41, 3: idem hic si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit. Wenn jemand vom Eigentümer einer Sache, welche er schon besitzt, zum Erben eingesetzt ist und die Erbschaft angetreten oder auf Grund des prätorischen Edicts die bonorum possessio erlangt hat, so beginnt er die Sache pro herede zu besitzen; es genügt, daß zu seinem Entschluß, den Besitz der Sache zu verändern, der Titel pro herede tritt. „Das Dasein eines Titels (Rechtsgrundes), auf Grund dessen Besitzabtretung verlangt werden kann, macht also den Besitz erst dann zum „„rechtmäßigen““, wenn der correlate Rechtserwerbsact (Tradition) hinzutrat, z. B. wenn dem Käufer die Sache vom Verkäufer auch übergeben wurde — nicht aber in dem Falle, wenn der Besitz in anderer Weise erworben wurde, etwa wenn der Käufer dem Verkäufer die Sache mit Gewalt entreißt oder stiehlt“[33]).

Andererseits unterliegt aber auch die titellose Besitzveränderung unserer Rechtsregel, selbst wenn der Besitz mit Einwilligung des Eigentümers erlangt wird: l. 1. § 2. D. pro donato 41, 6: si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. item si vir uxori rem donaverit et divortium intercesserit, cessare usucapionem Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare. alias ait post divor-

[32]) § 779 C. P. O. Vgl. auch § 864 B. G. B.

[33]) Randa, Besitz, 1895, S. 311.

tium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intellegatur, possidere autem uxorem rem a viro donatam Julianus putat. Ein Ehemann hat seiner Frau z. B. einen Schmuck geschenkt. Eigentümerin dieses Schmuckes kann die Frau niemals werden, solange die Ehe besteht; denn Schenkungen zwischen Ehegatten sind nach gemeinem Rechte nichtig. Juristischen Besitz aber erlangt die Frau. Dieser kann freilich während der Ehe zur Usucapion nicht führen, denn es fehlt der rechtsgiltige Titel. Nun wird aber die Ehe geschieden und damit den bisherigen Gatten die Fähigkeit wiedergegeben, giltig einander zu schenken und von einander beschenkt zu werden. Die Frau beschließt nun, den Schmuck so zu besitzen, als ob er ihr erst nach der Scheidung geschenkt worden wäre, und will also ihren bisherigen juristischen Besitz in Usucapionsbesitz verwandeln. Das kann sie nicht. Zwar hat sie den Besitz mit Einwilligung des Mannes erlangt, aber ohne den Schenkungstitel. Der Erwerb desselben wird erst mit der Scheidung möglich, z. B. dann, wenn der frühere Ehegatte jetzt die Einwilligung giebt zur Fortsetzung des Besitzes. Ohne Titel aber kann sie ihren Besitz nicht ändern. Fast ganz denselben Fall behandelt l. 2. § 2. D. pro herede vel pro poss. 41, 5.

Auch Besitzveränderungen auf den Titel pro herede hin, bei welchen die traditio durch die Antretung ersetzt wird, also stets fehlt, außer wenn der Erbe die Sache vom Erblasser schon bei dessen Lebzeiten tradiert erhalten hat[34]), werden eigenmächtig, wenn sie mit dem Bewußtsein geschehen, daß ihnen ein Rechtsgrund mangele. l. 10. D. si pars hereditatis petatur 5, 4: . . . quod si filius iste patri suo heres exstitit et movet controversiam, quod pater eius, postquam heres extitit, mortem obierit, ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur (Papinianus). Ein filius familias nimmt für seinen abwesenden Vater beim Tode eines Erblassers, der seinen Vater zum Teilerben eingesetzt hatte, den entsprechenden Teil der Erbschaft in Verwaltung, ohne zu wissen, daß sein Vater schon vor dem Erblasser verstorben ist, mithin das Erbrecht gar nicht erlangt hat; er veräußert auch zu der Erbschaft gehörige Gegenstände und zieht die Kaufpreise dafür ein. Mit welcher Klage, so fragt sich Papinian, können ihn die Miterben zur Herausgabe der

[34]) l. 2. § 2. i. f. D. pro herede vel pro poss. 41, 5.

Kaufpreise veranlassen? Für die hereditatis petitio fehlt es ihm an der Passivlegitimation, da er weder pro herede noch pro possessore besitzt. Aber es steht ihnen frei, mit der actio negotiorum gestorum directa gegen ihn vorzugehen. Jetzt ändert Papinian den Fall ein wenig. Der Sohn ist, nimmt er an, Erbe seines Vaters geworden und macht als solcher den Miterben seines Vaters den erwähnten Erbschaftsanteil streitig unter der Behauptung, sein Vater sei erst nach Erwerb dieses Anteils gestorben. Ist der Sohn jetzt für die hereditatis petitio passiv legitimiert? nunc ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur. Den Klägern liegt der Beweis dafür ob, daß er entweder pro herede oder pro possessore besitze. Aber behauptet er denn nicht selbst, pro herede zu besitzen? Allerdings; doch diese Behauptung legitimiert ihn noch nicht für die Beklagtenrolle; denn er behauptet, als Erbe seines Vaters zu besitzen, nicht, als Erbe des Erblassers der Kläger; das Erbrecht dieser bestreit er vielmehr durchaus nicht, sondern nur die Zugehörigkeit der Anteile zu ihrer Erbschaft, da er denselben von seinem Vater, ihrem Miterben, als vom Eigentümer erworben habe. Diese Behauptung möge folgendes Beispiel erklären. A. kauft von einem Haussohn B., dessen Vater schwer krank liegt, ein Pferd und erhält dasselbe von ihm übergeben. Durch einen Zufall stirbt aber B. noch vor seinem Vater und Erbe dieses wird statt B. C. C. will jetzt durch die hereditatis petitio gegen A. sich wieder in den Besitz des Pferdes setzen. A. dagegen behauptet, pro emtore zu besitzen. C. liegt der Beweis ob, daß A. pro possessore besitze; denn sonst ist er nicht passiv legitimiert für die hereditatis petitio. C. muß also beweisen, daß A. das Pferd gekauft habe, obwohl er wußte oder wissen mußte, daß der Vater des B. noch nicht gestorben, daß B. also noch nicht sein Erbe und Eigentümer des Pferdes geworden war, m. a. W., C. muß beweisen, daß A. die causa possessionis eigenmächtig sich geändert habe. Ebenso liegt der Fall Papinians. Die Kläger müssen darthun, daß der Sohn ihres Miterben bei der Besitzergreifung in eigenem Namen gewußt habe, wann sein Vater gestorben sei, und daß er sich also eigenmächtig die causa possessionis verändert habe, d. h. malae-fidei- oder pro-possessore-possessor sei. Um sie von diesem schwierigen Beweise zu befreien, giebt Papinian den Rat, den Beklagten als possessor iuris zu betrachten, da er auch als solcher für die hereditatis petitio ohne

Zweifel passiv legitimiert sei.[35]) Verfallen würde der Haussohn der Rechtsregel also dann, wenn er auf die Nachricht von dem Tode seines Vaters den für diesen verwalteten Erbschaftsanteil als heres necessarius sofort pro herede zu besitzen anfangen wollte, obwohl er wohl wußte, daß er nicht vom Eigentümer — Eigentümer war eben sein Vater niemals geworden — zum Erben eingesetzt sei; in diesem Falle würde ihm nicht nur der Titel pro herede, sondern sogar der Glauben an diesen Titel fehlen.

Nicht auf einer Stufe mit der Veränderung eines Besitzes auf Grund des Titels pro herede steht die Verwandlung in einen Besitz pro legato. Vielmehr unterliegt diese, um nicht eigenmächtig zu erfolgen, den für Besitzveränderungen auf einen Titel inter vivos hin aufgestellten Bedingungen. Sie geschieht also eigenmächtig, wenn sie entweder ohne Titel oder ohne traditio vorgenommen wird.[36])

Mangelt es nicht nur an dem einen oder andern der mit Rücksicht auf die Eigenmacht in Betracht kommenden Erfordernisse einer erlaubten Besitzveränderung, sondern an beiden, so gelangt unsere Rechtsregel natürlich erst recht zur Geltung. Einen solchen Fall scheint mir zu enthalten die l. 23. C. de locato et conducto 4, 65: ad probationem vel defensionem rei propriae non sufficit locatio ei facta, qui post de dominio coeperit contendere, cum nescientia domini proprii et errantis nullum habeat consensum, sed ex eventu, si victus fuerit, contractus locationis non constitisse magis declaratur, nemo enim sibi iure possessionem mutare potest (Diocletianus). Ein Mieter verklagt den Vermieter auf Herausgabe der Sache, da sie sein Eigentum sei. Der Vermieter kann gegenüber dem Eigentum des Klägers nicht auf Erwerb von diesem, auch nicht auf Usucapion sich berufen, er hat vielmehr mala fide besessen. Durch Abschluß des Mietsvertrages aber, behauptet er, sich seine Besitzstellung rechtmäßig verändert zu haben; durch eine concludente Handlung habe damals der Mieter sein Eigentum anerkannt, in

---

[35]) **Cuiacius,** oper. tom. IV., c. 124., A, B, will auf Grund der Regel dem Haussohn an dieser Stelle jede Passivlegitimation für die hereditatis petitio absprechen: filius possedit alieno nomine, hoc est patris, non potest igitur efficere, ut possideat suo nomine. Nach **Huschke** (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 14, S. 198), „steht die Regel: nemo etc. der hereditatis petitio hier nicht im Wege".

[36]) l. 1. § 2. D. quod legatorum 43, 3.

seinen Besitz eingewilligt und ihm so kurzer Hand den Besitz übertragen. Von der Rechtmäßigkeit solch einer Besitzveränderung, bescheidet nun der Kaiser, kann keine Rede sein, denn sie gründet sich nur auf Eigenmacht. Sowohl die Besitzeinräumung als auch der Titel fehlt. Man könnte freilich in der Miete der eigenen Sache eine Schenkung und in der Annahme des animus repraesentandi eine Besitzüberlassung erblicken, das Ganze also als constitutum possessorium betrachten. Da aber der Mieter bei Abschluß des Vertrages nichts von seinem Eigentumsrechte gewußt hat, so ist dieser Vertrag hinfällig, da niemand seine eigene Sache mieten kann, und zugleich zerfallen die aus ihm als einer concludenten Handlung gezogenen Folgerungen. Vielleicht vermittelt diese Auffassung auch die Erklärung der vielumstrittenen l. 5. C. de acquir. et retinend. poss. 7, 32: cum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, praeses provinciae inquisita fide veri dominii tui ius convelli non sinet (Diocletianus). Die Erklärung dieser Stelle ist deshalb so schwierig, weil der vorliegende Text uns nicht den vollständigen Thatbestand bietet, ein Teil desselben also ergänzt werden muß; zudem scheint auch der ursprüngliche Text durch die Compilatoren eine Veränderung erfahren zu haben. Soviel aber ist klar, daß der Käufer auf Usucapion sich beruft; sonst könnte von convulsio iuris dominii nicht geredet werden. Folglich muß er den Besitz des Grundstücks vom Pächter ex bona fide und ex iusto titulo erlangt haben. Trotzdem aber führt der Kaiser als Grund für die Hinfälligkeit seiner Ersitzung an die eigenmächtige Besitzveränderung. Da eine solche jedoch ohne das Bewußtsein, daß dem Besitz ein Mangel anhafte, nicht denkbar erscheint, so werden wir gedrängt zur Annahme der mala fides superveniens. Nachdem der Käufer eine Zeit lang im Besitz sich befunden, erfährt er, daß sein auctor nur Pächter gewesen. Er fährt aber fort, pro emtore zu besitzen, zumal nach römischem Recht mala fides superveniens grundsätzlich die Ersitzung nicht hindert. Hierin liegt nun aber doch eine eigenmächtige Veränderung seiner Besitzstellung. Kraft positiven Rechts nämlich ist sein Besitz untauglich zur Usucapion: l. 12. C. de acquir. et retin. poss. 7, 32: definimus, ut sive servus sive procurator vel colonus . . . corporaliter nactam possessionem cuiuscumque rei eam dereliquerit vel alii prodiderit, . . . ut alii locus

aperiatur eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicium generetur, . . . (Justinianus a. 531—532).[37]) Ohne einen neuen Rechtsgrund und Besitzüberlassung vonseiten des ihm nunmehr bekannten Eigentümers ist die Veränderung seines Besitzes in Usucapionsbesitz nicht möglich. Beides fehlt ihm aber.[38])

Da mala fides und Eigenmacht erforderlich sind, damit unsere Rechtsregel zur Anwendung komme, so erhebt sich endlich noch die Frage, ob diejenige Besitzveränderung, bei welcher eins dieser beiden Erfordernisse fehlt, erlaubt sei. Die Quellen geben uns für die Entscheidung dieser Frage keinen Anhalt. Nach allgemeinen Grundsätzen ist jedoch anzunehmen, daß, wenn das Kriterium der Eigenmacht vorliegt, der Besitzer aber in Folge eines error probabilis über seinen Titel oder über die Tradition bona fide handelt, die Umwandlung des Besitzes von der Regel nicht getroffen wird, mithin auch ein Putativtitel und eine Putativtradition die Anwendbarkeit der Regel auszuschließen vermöge, und daß andererseits erst recht dann die Besitzveränderung gestattet ist, wenn sowohl der Titel als auch die Tradition vorhanden ist, der Besitzer aber hiervon nichts weiß und eigenmächtig zu handeln wähnt.

---

[37]) Ob diese Rechtsanschauung bereits das Zeitalter Diocletians, von welchem die l. 5. C. de acquir. et ret. poss. 7, 32 stammt, beherrscht habe, ist fraglich. Wenigstens bezeugt noch Africanus in l. 40. § 1. D. de acquir. vel am. poss. 41, 2, daß zu seiner Zeit, d. h. unter Hadrian Julian gelehrt habe, der Besitz gehe für den Besitzherrn verloren, wenn der Vertreter ihn vorsätzlich preisgebe. Jedenfalls liegt jene Rechtsanschauung im Sinne der Justinianischen Codification und ist somit auch der l. 5. C. 7, 32 cit. zu unterstellen.

[38]) **Schirmer**, a. a. O., S. 458, führt die Entscheidung des Kaisers darauf zurück, daß der Colone sich nicht ohne Wissen des Eigentümers zum juristischen Besitzer machen, daß er also auch dem Käufer keine vacua possessio übergeben und dieser deshalb wiederum keinen selbständigen Besitz erwerben könne, ehe der Eigentümer Kenntnis von der Occupation seines Ackers erhalten; wo es aber an dem juristischen Besitz fehle, könne natürlich auch von der Usucapion keine Rede sein. Schirmer bezieht also die Worte: cum nemo causam sibi possessionis mutare possit auf die Verwandlung der Detention des Colonen in juristischen Besitz. Ebenso **Brinz** in Bekkers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd. 3, S. 36, im Gegensatz zu Brinz, Pandecten, I, S. 528. Nach Dernburg, Pandecten, I, S. 422, Anm. 3, beruht l. 5. C. 7, 32 cit. auf der Entscheidung der l. 32. § 1. D. de acquir. vel am. poss. 41, 2, nach welcher der Verpächter durch den Pächter den Besitz sogar dann behält, wenn dieser die Pachtsache verkauft und sie für den Käufer besitzen will. Eine Übersicht über die ältere Litteratur dieser l. 5. C. 7, 32 cit. findet sich bei Schirmer, a. a. O. und bei Brinz, a. a. O.

§ 5. 4. Die Besitzveränderung muß lucri faciendi causa erfolgen.

Die Absicht, durch die eigenmächtige und unredliche Veränderung des Besitzes einen Vorteil sich zu verschaffen, fordern die Quellen als letztes Erfordernis für die Geltung der Regel. l. 33. § 1. D. de usurp. et usuc. 41, 3: . . . lucri faciendi causa inciperet possidere;

l. 2. § 1. D. pro herede vel pro poss. 41, 5: lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

An anderen Stellen wird dieses Requisit nicht ausdrücklich erwähnt, fehlt aber in der That niemals, z. B. in den oben herangezogenen l. 10. D. si pars hereditatis petatur 5, 4; l. 23. C. de locato et conducto 4, 65; l. 5. C. de acquirenda et ret. poss. 7, 32. Inhaltlich erscheint das lucrum stets als ein Rechtsvorteil irgend welcher Art gegenüber dem Eigentümer der besessenen Sache oder überhaupt einem Besserberechtigten. Meistens liegt derselbe in der Verwandlung des juristischen Besitzes in Usucapionsbesitz: l. 2. D. pro herede vel pro poss. 41, 5; l. 1. § 2. D. pro donato 41, 6; l. 10. D. si pars her. pet. 5, 4; l. 23. C. de locato et cond. 4, 65; l. 5. C. de acquir. et ret. poss. 7, 32. Aber auch die Umgestaltung des unredlichen Besitzes in ein precarium ist als lucrum zu betrachten: l. 6. § 3. l. 22. pr. D. de precario 43, 26.

Durch eine restrictive Interpretation dieses lucrum sieht **Savigny** sich veranlaßt, die Regel für anwendbar zu erklären „nur auf die wenigen Fälle, worin eine einseitige, willkürliche Umwandlung in eine an sich rechtsgiltige, wirksame causa wohl möglich wäre, deren Einwirkung auf die Usucapion nun aber durch eine ganz positive Rechtsregel verhindert werden soll“ [39]). Dahin gehören die alte usucapio pro herede und die usureceptio. **Huschke**[40]) ist derselben Meinung, er führt aber noch einen dritten Fall an, in welchem die Regel praktische Bedeutung haben könne; wenn jemand ex speciali causa besaß, so dürfe er dadurch, daß er nun als Erbe besitzen wolle, den Titel pro herede sich nicht selbst verschaffen und auf diese Weise der specialis actio sich entziehen, um den Erben zu Anstellung der hereditatis petitio zu zwingen. Savigny und Huschke stützen ihre Ansicht darauf,

---

39) **Savigny**, Recht des Besitzes, S. 75, 77.

40) **Huschke**, a. a. O., S. 197.

daß von **Gajus** für die usucapio pro herede und von den alten Juristen für unsere Regel ganz übereinstimmende Ausdrücke gebraucht werden, so lucrativa bei Gajus II, 56 und lucri facit und lucri faciendi causa usucapere bei **Julian** l. 33. § 1. D. de usurp. et usuc. 41, 3 und l. 2. § 1. D. pro herede vel pro poss. 41, 5; wegen dieser Uebereinstimmung in der Terminologie müßten, so meinen Savigny und Huschke, unsere Rechtsregel und die genannten Usucapionsarten in besonderer Beziehung zu einander stehen. Wie unhaltbar diese Argumentation ist, hat schon **Schirmer**[41]) erwiesen. Sie wird auch durchaus nicht dem über unsere Regel handelnden Quellenmaterial gerecht. Die alte usucapio pro herede hatte ihre Lebensfähigkeit doch bereits seit Hadrian verloren.[42]) Sollte nun allein die usureceptio und das Recht des Erben auf die specialis actio für die Compilatoren Grund genug gewesen sein, unseres Satzes als einer Besitzrechtsregel zu erwähnen? Die Regel tritt eben in den Quellen nicht stets in Verbindung mit der usucapio pro herede auf, sondern auch in Beziehung auf andere Usucapionen, vor allem in der l. 33. § 1. D. 41, 3 cit., und daran kann auch die gewaltsame Erklärung dieser Stelle, welche Huschke[43]) giebt, nicht rütteln. Man wird demnach den Ausdruck: lucri faciendi causa von jedem Vorteil in dem mit dem Besitze verknüpften Rechte verstehen müssen.

Der bewußte oder rechtsirrtümlich unbewußte Versuch, — so lautet das Ergebnis der bisherigen Untersuchung — um eines Besitzrechtsvorteils willen eigenmächtig den Besitz zu ändern, wird vom Rechte nicht anerkannt.

B. In welchem Sinne gilt die Rechtsregel unter diesen Voraussetzungen?

1. Inhalt derselben.

§ 6. a. In der Litteratur herrschen zwei Ansichten.

Auf dieser den Quellen entnommenen Grundlage gilt es nunmehr, in den eigentlichen Sinn der Regel einzudringen, eine Antwort zu geben auf die Frage, was dieselbe sagen und bedeuten will. Dem Inhalte nach liegt dieser Sinn verborgen in dem

---

41) **Schirmer**, a. a. O., S. 441/444.
42) Gai institut., II, 57.
43) **Huschke**, a. a. O., S. 200.

vielbestrittenen Begriff der causa possessionis, deren Bedeutung bisher, da zunächst nur die Voraussetzungen der Regel zur Frage standen, absichtlich in der Schwebe gelassen und durch allgemeine Ausdrücke wie Besitz, Besitzstellung wiedergegeben worden ist; sie bildet das sachliche Substrat der Rechtsregel.

Die Litteratur hat in einer zweifachen Richtung den Versuch gemacht, den Begriff zu erklären, und beide Richtungen finden bereits ihre Vertreter in der Glosse. Ein Teil der Glossatoren sieht in der causa possessionis den titulus possessionis.[44]) Er will aber unter dieser Voraussetzung die Regel erstrecken auch auf die Verwandlung eines titellosen Besitzes in einen titulierten und auf die Verwandlung eines titellosen in einen titellosen anderer Art[45]), wird sich also selbst inconsequent, da in diesem Falle eher von Aufhebung bezw. Schaffung eines Titels bezw. Veränderung eines titellosen Besitzes gesprochen werden kann als von Veränderung des Titels.[46]) Der Glosse folgen **Bartolus**[47]) und **Baldus**[48]) und schließen sich mit ihr dieser Richtung an. **Cuiacius** giebt causa possessionis ebenfalls mit titulus wieder[49]),

[44]) gl. causam poss. ad l. 5. C. de acqu. et retin. poss. 7, 32: vel at mutetur possessio sive titulus possessionis ei, qui possidebat sive retinebat vel incipiebat usucapere, quod non usucapiebat.

gl. videatur ad l. 10. D. si pars her. pet. 5, 4: .. (i. f.) nam et titulus dicitur causa possessionis.

casus ad l. 19. § 1. D. de acquir. vel am. poss. 41, 2: si possides rem tamquam emptam: tandem dico me velle possidere tamquam donatam: non audior, et sic non possum mutare causam possessionis. secus autem si desii eam rem possidere, et tandem mihi donata est, nam tunc bene possum possidere titulo pro donato.

[45]) gl. extrinsecus ad l. 5. C. de acqu. et ret. poss. 7, 32: hic nota sex modis mutari causam possessionis . . . item ex nulla in aliquam et contra ex aliqua in nullam . . . ex nullo in aliam nullam.

gl. videatur ad l. 10. D. si pars her. pet. 5,4: prima quia ille dicitur sibi mutare, qui prius possidebat civiliter vel naturaliter vel naturaliter tantum.

[46]) Die Glosse erkennt dies selbst an in gl. mutare ad l. 3. § 19. D. de acquir. vel am. poss. 41, 2: quia non proprie est mutatio de nulla ad aliquam.

[47]) commentaria ad l. 5. C. de acquirenda et ret. poss. 7,32, Basileae, 1588, p. 165. nach **Schirmer**, a. a. O., S. 437.

[48]) lectura super lib. IV. Cod. ad l. 23. C. de locato et cond., Lugduni, 1539; fol. 138. und super lib. VII. Cod. ad l. 5. C. h. t., Lugduni, 1539, fol. 22. nach **Schirmer**, a. a. O., S. 437.

[49]) **Cuiacii** oper., tom IX., c. 1015., D. ad l. 5. C. 7, 32: ex l. 5. notanda est regula iuris vetustissima, quae etiam hodie locum habet, neminem sibi ipsi, i. e. per se solum mutare posse causam possessionis. causam

doch versteht er darunter nicht gerade den Usucapionstitel, sondern überhaupt den Rechtsgrund des Besitzes, indem er auch beim Stellvertreter im Besitze eine causae mutatio in Folge der Regel für ausgeschlossen erachtet[50]) und auch diesem einen titulus oder eine causa possessionis zuschreibt. **Donellus** dagegen scheint wieder den Standpunkt der bezeichneten Richtung der Glosse zu teilen und gerade den Usucapionstitel unter der causa possessionis zu verstehen[51]). Aehnlich wie Cuiacius sieht freilich auch er eine causa mutatio schon darin, daß jemand, der in Wirklichkeit aus keinem Grunde den Besitz hat, sich vornimmt, aus einem Grunde zu besitzen: et generaliter, qui nulla ex causa possidet, sic rem teneat, quasi ex (aliqua) causa possideret, quam sibi fingat et usurpet — sensus enim est neminem, qui ex aliqua causa vere non possideat, animo et cogitatione sua efficere posse, ut ex ea possideat, dum statuit ex ea possidere — itaque qui nulla ex causa possidet, non efficit hoc animo, ut possideat ex aliqua.[52]) Indes will man nicht annehmen, daß er das Wort causa bei der Erklärung der causa possessionis in einem anderen Sinne gebraucht als in der Zusammensetzung causa possessionis selbst, so muß darunter die causa usucapiendi verstanden werden. Unter dieser Voraussetzung macht allerdings auch Donellus des oben hervorgehobenen Denkfehlers der Glossatoren sich schuldig.[53])

possessionis titulum dicimus, quo possidemus, quam mutat in specie h. l. 5. qui fundum naturaliter possidet alieno nomine, ut colonus, per quem dominus possidet civiliter, . . . si postea constituat eum fundum suo nomine, pro suo possidere et vendat eum tamquam suum.

tom. IV., c. 124., A: causam possessionis, i. e. titulum.

B: quae (regula) ita procedit, ut nemo solus sibi mutare possit titulum possessionis nulla extrinsecus accedente causa.

C: in hac etiam specie dico accidere novam causam extrinsecus, quae mutat titulum, cognitio scilicet mortis patris; haec efficit per se ipsam, non sola destinatio filii, ut qui possidebat patri, quem vivere putabat, nunc faciens controversiam hereditatis possideat sibi. cognitio erroris nova causa est, quae patitur facile mutari titulum possessionis.

tom. V., c. 716., E: ad extremum docet genera possessionum genera causarum sive titulorum, quibus acquiruntur et nituntur iustae possessiones.

50) **Cuiacii** oper. tom. IV., c. 124. cit.

51) Dieser Ansicht ist auch **Schirmer**, a. a. O., S. 438, Anm. 94.

52) **Donelli** oper. omn. tom. I., p. 1051. (l. V., cap. XV., 2.).

53) Die Ansicht von **Donellus** wird noch von **Dionysius Gothofredus**, corp. iur. civil. tom. I., p. 785. n. 6. zu mutare l. 3. § 19. D. 41, 2 geteilt: possessionem ex iusta in iustam, ex iniusta in iustam, de iniusta in iniustam . . ., de

Und diese allgemeine Deutung der causa possessionis hat auch in der historischen Schule in **Savigny** und **Puchta** Vertreter gefunden. **Savigny** giebt den Begriff zwar nicht ausdrücklich mit Besitzrechtsgrund wieder, aber man dürfte seiner Auffassung am nächsten kommen, wenn man dies annimmt. Wenn der malae-fidei-possessor, so führt er aus[54]), die Sache von demjenigen kauft, der das Eigentum hat oder dem er es zutraut, so ist das eine ganz giltige causae mutatio; und wenn umgekehrt der Mieter den Vermieter zurückweist, so hat er die conductionis causa in die deiectionis causa verwandelt und dadurch die wahre possessio erworben. Eine causae mutatio nimmt **Savigny** in diesen beiden Fällen also an. Geändert aber wird in beiden Fällen der Grund des Besitzes, hier durch Dejection, dort durch Vertrag; der Grund des Besitzes ist also die causa possessionis im Sinne **Savigny's**. **Puchta** nennt causa possessionis ausdrücklich „den rechtlichen Grund, auf dem der animus possidendi, beim juristischen Besitz also der animus domini beruht", und den Titel des Besitzes[55]).

Unter den Neuern schließen sich **Savigny** und **Puchta** vollständig an **Gesterding**[56]), **Sintenis**[57]), **Waechter**[58]), **Brinz**[59]), **Salkowski**[60]), **Karlowa**[61]) und **Leonhard**[62]), während **Bruns** die causa possessionis wieder auf den Usucapionstitel beschränkt[63]).

---

nulla in aliquam, ut hic . . ., de quadam in nullam . . ., de nulla in nullam verti posse observa. Auf den Schultern von **Cuiacius** dagegen steht wieder **Brunnemann,** commentarius in pandectas, p. 449.: nemo causam possessionis sine nova causa superveniente mutare potest . . . nisi superveniat exempli gratia titulus habilis gratiosae subrogationis. unde conductor non potest alio titulo retinere rem conductam post finita tempora conductionis. Ebenso **Voet,** commentarius ad pandectas, V., p. 839.: "quisquis autem possidet, non potest, dum possessionem retinet, mutare sibi causam possessionis . . . nulla extrinsecus accedente causa statuere secum nequit, ut alia ex causa possideat, quam ex qua hactenus possidet.

[54]) **Savigny,** a. a. O., S. 75.

[55]) **Puchta,** Cursus der Institutionen, II, S. 145.

[56]) **Gesterding,** Nachforschungen, V, 2, S. 55—57.

[57]) **Sintenis,** Civilrecht, Bd. 1, S. 450, Note 26, nach **Schirmer,** a. a. O., S. 438.

[58]) **Waechter,** Pandecten, II, S. 44.

[59]) **Brinz,** Pandecten, I, S. 529, Anm. 14 am Schl.

[60]) **Salkowski,** Institutionen, S. 209.

[61]) **Karlowa,** Römische Rechtsgeschichte, II, 1, S. 312.

[62]) **Leonhard,** Institutionen, S. 252.

[63]) **Bruns,** Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, S. 25.

Den präcisesten Ausdruck hat die Auffassung dieser Richtung wohl gefunden durch **Klein**[64]). Die von **Paulus** sog. causa possessionis (2. § 1. D. 41, 4) erscheint ihm als die dem Besitzerwerbe vorangehende rechtsgeschäftliche Transaction ohne Rücksicht auf die Rechtswirkungen, welche sie dem Besitze und ob sie ihm solche verlieh. Der Sinn unserer Rechtsregel würde nach dieser Ansicht also sein: niemand kann sich eigenmächtig den Rechtsgrund (den Usucapionstitel) seines Besitzes verändern; der Rechtsgrund, aus welchem man seinen Besitz erwarb, haftet demselben solange an, bis er durch Vermittlung des Besserberechtigten, d. h. ex alia causa eine Aenderung erfährt. „Man stellte sich den Besitz untrennbar von seinem Erwerbsgrunde vor"[65]).

Die andere Richtung in der Litteratur faßt die causa possessionis auf als Beschaffenheit des Besitzes. Auch sie führt ihren Ursprung auf die Glosse zurück[66]), wird mit Entschiedenheit bereits vertreten von **Albericus de Rosate**[67]) und **Paulus Castrensis**[68]). Der Glosse und ihnen ist die causa possessionis soviel als qualitas possessionis, das eigentümliche Gepräge, welches der Besitz in concreto durch seinen Rechtsgrund annimmt. Einmal huldigt dieser Ansicht auch **Cuiacius:** quasi aliud sit possessio, aliud causa possessionis; nam idem est procul dubio causa possessionis, id est possessio[69]), und, wie es scheint, auch **Brissonius**[70]). Nach **Giphanius**[71]) sententia regulae haec est eum qui vel naturaliter tantum possidet vel qui possidet quidem vere, sed mala fide vel ex iniusto titulo, eum non posse aut naturaliter suam possessionem mutare ipsum sibi in civilem aut iniustam et malae fidei in iustam

---

64) **Klein**, a. a. O., S. 437/8, S. 441 oben.

65) So sagt **Pernice**, M. Ant. Labeo, II, S. 191/2, welcher diese Auffassung der causa possessionis ebenfalls teilt.

66) casus zu l. 33. § 1. D. 41, 3.

67) Albericus de Rosate, super Dig. novo comment., Lugduni, 1548, fol. 89. ad. l. 3. § 19. D. h. t. 41, 2 und fol. 104. ad l. 33. § 1. D. 41, 3 nach **Schirmer**, a. a. O., S. 437.

68) Paulus Castrensis, comm. in Dig. nov., Aug. Taur., 1576, fol. 54. ad l. 19. D. h. t. 41, 2 nach **Schirmer**, a. a. O., S. 437.

69) Cuiacius, a. a. O., tom. IX., c. 1016., A. Er gerät dadurch übrigens nicht mit sich selbst in Widerspruch, wie unten in § 8 dargelegt werden wird.

70) Brissonius, de verborum significatione, l. III., p. 172.

71) Giphanius, lecturae Altorphin., Francof., 1605, p. 429. nach **Schirmer**, a. a. O., S. 438, Anm. 94.

aut bonae fidei; auch er bezieht also den Satz, das geht aus dieser Umschreibung hervor, auf die eigenmächtige Veränderung des objektiv gegebenen Besitzstandes. Neuerdings hat **Schirmer** die causa possessionis für den Charakter des Besitzes erklärt[72]). Die Regel, so führt er aus, wolle sagen, niemand vermöge eigenmächtig den rechtlichen Charakter seines Besitzes zu verändern, und habe einen doppelten Sinn: sie verlange einmal die Erkennbarkeit des neuen Besitzes, dann aber auch seine innere Begründung; beide Forderungen kehrten jedoch gleicherweise auf einen Grundgedanken zurück, auf das Verbot einer eigenmächtigen Veränderung. Anklang hat **Schirmer's** Ansicht gefunden insbesondere bei **Arndts**[73]) und bei **Dernburg**[74]); **Arndts** versteht unter causa possessionis die freilich durch den Erwerb des Besitzes bestimmte Rechtsqualität desselben, **Dernburg** giebt den Begriff durch „Besitzstellung" wieder. Lebhaft ist für diese Ansicht eingetreten auch **Voigt**[75]); seiner Ansicht nach sind alle verschiedenen Beziehungen von causa possessionis im Sinne unserer Rechtsregel dem Begriffe von conditio und status untergeordnet und muß deshalb jene causa possessionis für den Begriff von conditio possessionis genommen werden. **Schirmer** schließt sich weiter an **Molitor** wenigstens für das Justinianische Recht[76]). Auch **Ihering** hat im wesentlichen diese Ansicht verteidigt und formuliert[77]). Ihm bedeutet causa possessionis die juristische Qualification des Besitzes, den Umstand, daß er Detention und nicht juristischer Besitz, daß er vitiosa und nicht iusta possessio ist. In der gesetzlichen Bestimmung, welche je nach Verschiedenheit des Verhältnisses (causa possessionis) bald Besitz, bald Detention

---

[72]) **Schirmer**, a. a. O., S. 435.

[73]) **Arndts**, Pandecten, S. 245.

[74]) **Dernburg**, Pandecten, I, S. 422, Anm. 2.

[75]) **Voigt**, Über die condictiones ob causam und über causa und titulus im allgemeinen, S. 93/5.

[76]) Molitor, la possession, la revendication, la Publicienne et les servitudes en droit romain p. 86: dans le droit romain de Justinien la règle: nemo sibi causam possessionis ipse mutare potest, veut dire que celui qui ne possède pas animo domini, ne peut, par sa seule volonté, ni par son seul fait, ni par aucun acte dont le propriétaire n'est pas touché, changer sa possession.

[77]) **Ihering**, Besitzwille, S. 359, 360. Vgl. **Ihring**, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 29, S. 202/3, Bd. 32, S. 76.

eintreten läßt, sieht er den Grund dafür, daß in gewissen Fällen nicht Besitz im juristischen, sondern im natürlichen Sinne (Detention) entsteht, nicht in dem Vorhandensein des animus domini, d. h. des Willens, die Sache als oder wie eine eigene zu besitzen, nicht in der Eigenartigkeit des Besitzwillens, der vielmehr überall nur auf das Ergreifen der Sache gerichtet zu sein brauche. Nach Ihering spricht unser Satz also aus die Machtlosigkeit des subjectiven Willens gegenüber der objectiven Rechtsregel[78]). Ebenso erklärt die causa possessionis **Randa**[79]); die Rechtsmäßigkeit hänge von dem Willen des Besitzers nicht ab, da ja zur Schaffung eines Rechtsgrundes, das ist einer Thatsache, an welche das Gesetz die Möglichkeit des Erwerbs des Eigentums knüpft, der bloße Wille selbstverständlich nicht hinreiche. Diese ganze Richtung schreibt dem Besitz einen objectiven Character zu und erblickt in unserem Satze nur die Erklärung, daß Eigenmacht unfähig sei, diesen objectiven Character des Besitzes zu ändern, daß eine Aenderung vielmehr nur unter Vermittlung einer neuen objectiven Rechtsthatsache erfolgen könne.

§ 7. b. Beide Ansichten finden in den Quellen ihre Stütze.

Wie verhalten sich diesem Streit der Litteratur gegenüber nun die Quellen? Um zu erfahren, welchen Begriff sie mit der causa possessionis verbinden und welchen Inhalt sie folglich unserer Rechtsregel geben, kommt es darauf an, aus den verschiedenen Merkmalen, welche die Juristen in ihren Entscheidungen besonders hervorheben, einen Gesamtbegriff der causa possessionis zusammenzusetzen. **Celsus** betrachtet sie in l. 18. § 1. D. 41, 2 cit. augenscheinlich als eine ausschließliche Eigenschaft des juristischen Besitzes, spricht sie dem natürlichen Besitze ab. An eine Veränderung der causa possessiones kann man, so meint er, unmöglich denken, wenn Besitz in Nichtbesitz verwandelt wird, wenn man aufhört zu besitzen, um einen andern fürderhin im Besitz zu vertreten; denn dem Vertreterbesitz mangelt es an der causa possessionis. Mit Celsus scheint im Widerspruch zu stehen **Julian**, wenn er in l. 2. § 1. D. 41, 5 cit. behauptet, daß die Regel auch auf den Naturalbesitz Anwendung findet. Wird hiermit nicht auch diesem eine causa possessionis beigelegt? Indessen, wie schon oben

[78]) **Ihering**, Besitzwille, S. 358. Vgl. **Baron**, zur Lehre vom Besitzwillen (**Ihering**, Jahrbücher für die Dogmatik u. s. w., Bd. 29, S. 203).

[79]) **Randa**, der Besitz, S. 472,

ausgeführt worden ist, meinen die Juristen an allen Stellen, wo von der Anwendbarkeit der Regel auf den Naturalbesitz die Rede ist, die Verwandlung dieses in den Usucapionsbesitz und erklären das ausdrücklich, setzen somit die Erlangung des juristischen Besitzes vonseiten des Besitzvertreters voraus. Julian selbst beschränkt die Geltung der Regel auf die eigenmächtige Verwandlung des schlechtgläubigen juristischen Besitzes in einen vorteilhafteren Besitz in l. 33. § 1. D. de usurp. et usuc. 41, 3 cit.; denn mag man die beiden Momente, das scire se bona fide non possidere und das lucrifaciendi causa incipere possidere auch als gleichzeitig fassen[80]), immer spricht er von dem Unternehmen, die malae-fidei-possessio zu verbessern. Er stellt sich also keineswegs in Gegensatz zu Celsus bezüglich des Begriffs der causa possessionis, wenn er sich über diesen Begriff auch nicht äußert. Dasselbe gilt von **Papinian** bezüglich der l. 10. i. f. D. 5, 4 cit. Wenn der frühere Haussohn die in in der Absicht, seines Vaters Erbanteil zu verwalten, in Besitz genommenen Erbschaftsgegenstände bezw. den Erlös derselben pro herede zu ersitzen beschließt, obwohl er weiß, daß sein Vater nie Eigentümer derselben geworden, so erlangt er durch die Weigerung, dieselben den Erben auszuhändigen, eine causa possessionis als juristischer Besitzer und kann diese eigenmächtig nicht verändern. Die Detention hat also keine causa possessionis, wohl aber schon der sog. abgeleitete Besitz. Denn **Venulejus** erblickt in l. 22. pr. D. 43, 26 cit. auch in der eigenmächtigen Verwandlung einer vitiosa possessio in ein precarium an und für sich eine causae possessionis mutatio, und dieselbe Ansicht vertritt **Ulpian** in l. 6. § 3. D. eod. Man könnte mit Rücksicht auf beide Stellen freilich den Einwand erheben, daß der Schluß, die Veränderung der vitiosa possessio in ein precarium sei eine causae possessionis mutatio, deswegen jeder Rechtfertigung entbehre, weil die Anwendbarkeit unserer Rechtsregel auf diesen Fall in beiden Stellen gerade in Abrede gestellt werde. Allein der Grund, weshalb dieses geschieht, ist offenbar der Mangel an einer der oben aufgestellten Voraussetzungen für die Geltung unserer Regel, nämlich der Mangel der Eigenmacht; denn die Besitzveränderung erfolgt in beiden Fällen mit Einwilligung des Eigentümers. Wozu sollten die Juristen die Regel auch überhaupt in Betracht ziehen, wenn wegen Mangels der causa possessionis eine Beziehung zwischen ihr und den in Frage stehenden Besitz-

[80]) Vgl. S. 19.

verwandlungen von vornherein ausgeschlossen wäre? Daß endlich dem Usucapionsbesitz die causa possessionis erst recht nicht mangele, darüber besteht wohl kein Zweifel.

Jede Art juristischen Besitzes hat demnach eine causa possessionis, und eine Veränderung desselben stellt dar eine causae mutatio. Der Detention dagegen fehlt die causa possessionis; die Verwandlung derselben in juristischen Besitz ist an sich keine causae mutatio, sondern nur dann, wenn sie zugleich eine Veränderung juristischen Besitzes enthält. Was ist es nun aber, was den juristischen Besitz von der Detention scheidet, was einer eigenmächtigen Veränderung des juristischen Besitzes einen wesentlich anderen Charakter giebt als der Veränderung der Detention in juristischen Besitz? Diese Unterscheidung gründet sich auf die Anerkennung des juristischen Besitzes durch das Recht. Der juristische Besitz genießt Rechtsschutz, welcher versagt wird der Detention; der juristische Besitz kann weiter in verschiedener Weise den Schutz des Rechtes erfahren. Die Eigenschaft des Besitzes, rechtlich anerkannt zu sein, in dieser oder jener Weise Rechtsschutz zu finden, ist hiernach die causa possessionis. Diese Betrachtung hat uns also der zweiten der oben gekennzeichneten Richtungen in der Litteratur sehr genähert. Die von derselben gebrauchten Umschreibungen des Ausdrucks: causa possessionis wie z. B. qualitas possessionis, rechtlicher Charakter des Besitzes, juristische Qualifikation des Besitzes lassen sich sämtlich für den soeben festgestellten Begriff der causa possessionis einsetzen; nur darf die Detention niemals mitverstanden werden.

Zu einer anderen Auffassung des Begriffs der causa possessionis veranlaßt uns **Marcellus** in l. 19. § 1. D. 41, 2 cit.: credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut a l i a e x c a u s a id possideret. Auch Marcellus beschränkt freilich die causae mutatio auf die verschiedenen Arten des juristischen Besitzes. Daß mit den Worten: et corpore et animo possessioni incumbens wohl gerade der juristische Besitzer bezeichnet werden soll, ist schon bemerkt; hätte der Jurist zugleich auch vom detentor sprechen wollen, so würde er sich wohl eines weniger prägnanten Ausdrucks bedient haben.[81]) Insoweit weicht Marcellus von den vorher erwähnten Juristen nicht ab. Was uns bei ihm aber auffällt, das ist die Umschreibung der causae mutatio. Seine causa possessionis, so sagt er, ver-

[81]) Anders **Schirmer**, a. a. O., S. 449.

ändert, wer den Entschluß faßt, aus einem anderen Rechtsgrunde zu besitzen. Marcellus sieht in der causae mutatio also eine Veränderung des Rechtsgrundes, auf welchem der Besitz beruht, aus dem er entstanden ist. Auf die Ursache des Besitzes beziehen die causa auch **Paulus** in l. 2. § 1. D. pro emtore 41, 4 und **Ulpian** in l. 13. pr. D. de her. pet. 5, 3. Ja, sie scheinen darunter sogar ausschließlich den ein Recht auf den Besitz gebenden Rechtsgrund des Besitzes zu verstehen. Ueber die Ausdehnung des Begriffs besteht also zwischen ihnen und Marcellus Streit, da dieser ganz allgemein spricht. In der Grundauffassung aber stimmen alle drei überein; alle fassen sie den Begriff causal[82]) und sind deshalb die Hauptgewährsmänner der andern Richtung der Litteratur, welche das Wort: causa possessionis als causa, ex qua possidetur, erklärt. Auch in den Basiliken findet diese Auffassung des Marcellus, Paulus und Ulpian ihre Bestätigung; ὀυδεὶς ἑαυτῷ νομῆς αἰτίαν ἀλλάττει übersetzen sie die Regel[83]).

§ 8. c. Die beiden Ansichten lassen sich vereinigen.

Keine der beiden oben gekennzeichneten Richtungen der Litteratur kann man demnach von vorherein als quellenwidrig bezeichnen. Auch nach den Quellen untersagt die Regel die Veränderung entweder des Rechtsgrundes oder des Rechtscharacters des Besitzes. Sollte eine Vereinigung dieser beiden Auffassungen der Litteratur sowohl als auch der Quellen unmöglich sein? Schon **Reisach** sucht die Kluft zu überbrücken: causam possessionis in hac regula eam significare puto possessionis condicionem, quam possessio ex prima accepit acquisitione. in nuda vero detentione causa possessionis illius negotii sequitur condicionem, quo mediante quis alieno nomine possidere coepit[84]). Auch **Schirmer** deutet eine Vereinigung der beiden Ansichten an[85]). Es scheint ihm zwischen Marcellus und Julian in l. 33. § 1. D. 41, 3 cit. ein Widerspruch nicht zu bestehen, da der rechtliche Character des Besitzes, von welchem Julian spreche, eben ein Ergebnis des Besitzgrundes sei; durch seinen bloßen Willen, meint

[82]) Daß **Marcellus** die causa possessionis hier als Veranlassung des Besitzes bezeichne, giebt auch **Schirmer** zu a. a. O., S. 433 und 448.

[83]) basilicor. l. 50. tit. 2. § 19.

[84]) **Reisach**, de antiqua iuris Romani regula: nemo sibi causam possessionis ipse mutare potest, p. 4., 5.

[85]) **Schirmer**, a. a. O., S. 448.

Schirmer, solle niemand den Grund seines Besitzes sich ändern können, und damit sei es ihm zugleich verwehrt, den aus diesem Grunde hervorgehenden rechtlichen Charakter seines Besitzes einseitig zu alterieren. Eine vermittelnde Stellung nimmt endlich auch die Erklärung **Bekkers** von der causa possessionis ein. Nach ihm ist causa nicht die Ursache des Interdictenbesitzes, der Erwerbsact, sondern, wenn man will, die Ursache dieser Ursache, wenigstens ein mitverursachendes Element derselben; ein Stück des geistigen Verhaltens des Erwerbes, dessen specielle Gestaltung dann nicht sowohl für das Dasein als für die Färbung und weitere Wirksamkeit des erworbenen Besitzes von Bedeutung ist, so daß der aus einer causa erworbene Besitz allezeit aus dieser causa erworbener Besitz bleibe und nicht unter Wahrung seiner Identität umgefärbt, zum Besitz aus einer anderen causa gemacht werden könne[86]. Und in der That scheinen die beiden Meinungen durchaus nicht grundverschieden, sondern behandeln eine und dieselbe Sache nur von zwei Seiten. Jeder Besitz läßt sich betrachten nach seinem Werden und nach seinem Sein. Und das Recht, welches sich mit einem Besitze verknüpft, erscheint ebenso verschieden, je nachdem man es auffaßt als entstehend oder bestehend. Soll nun der Ursprung näher ins Auge gefaßt werden, so fragt man, quanam ex causa possideat possessor; dagegen den Rechtsinhalt des concreten Besitzes erfährt man auf die Frage, quam habeat causam possessionis possessor. Immer ist es ein und derselbe Besitz, welcher dem betrachtenden Auge vorschwebt. Indessen dem historischen Blick erscheint er als das Produkt von rechtlichen Factoren, welches in der Vergangenheit einmal ins Dasein getreten ist, seinem gegenwärtigen Rechtsinhalt nach dagegen als eine gegebene Größe des Rechts mit bestimmten Eigentümlichkeiten. Nun erhält aber jeder Besitz seinen besonderen Rechtsinhalt durch den besonderen Erwerbsact und behält ihn so lange, bis er durch einen neuen rechtsgiltigen Erwerbsact verändert wird. Der besondere Rechtsinhalt eines Besitzes steht demnach zu dem Erwerbsact, durch welchen er entstanden ist, in dem Verhältnis der Wirkung zur Ursache. Wegen dieser Beziehung des Rechtsinhalt eines Besitzes zum Erwerbsacte, durch welchen dieser Rechtsinhalt geschaffen worden, bezeichnen die Quellen beide mit dem einen Worte causa possessionis und verbinden mit diesem

---

[86]) **Bekker**, Das Recht des Besitzes bei den Römern, S. 200, 201.

Ausdruck rechtlich stets einen doppelten Sinn; sprachlich freilich tritt im einzelnen Falle bald die eine, bald die andere Bedeutung mehr in den Vordergrund.

Daraus folgt zunächst, daß jeder Besitz eine causa possessionis hat, nicht blos derjenige, welcher auf einer iusta causa beruht[87]), nicht blos derjenige, welcher sein Dasein einem „zweiseitigen rechtsgeschäftlichen Erwerbsgrunde" verdankt[88]); denn jeder Besitz ist aus einer bestimmten Rechtsursache entstanden, und jeder Besitz stellt dar einen bestimmten objectiven und subjectiven Rechtsinhalt. So mißt **Africanus** mit Grund auch der clandestina possessio eine causa possessionis bei[89]).

Nicht aber ist jeder Besitz auf eine causa possessionis beschränkt, es ist nicht notwendig, daß der Rechtsinhalt des Besitzes in seiner gegenwärtigen Gestalt entspreche dem ursprünglichen Erwerbsact und sich decke mit dem durch diesen begründeten Rechtsinhalt. Der Besitz unterscheidet sich auch in dieser Beziehung wesentlich vom Eigentum. Das Eigentum hat nur eine causa; denn ist jemand Eigentümer geworden, so bleibt er Eigentümer in derselben Weise, wie er es geworden und gewesen, bis er das Eigentum überhaupt verliert; er kann das ihm zustehende Eigentum nicht noch aus einer andern, günstigeren oder ungünstigeren Rechtsursache erwerben und den Inhalt seines Rechts nicht ändern; jeder spätere Erwerb wäre vielmehr, solange er Eigentümer ist, nichtig; denn niemand kann seine eigene Sache kaufen, sich schenken lassen, als res derelicta occupieren; und der Inhalt des Eigentumsrechts ist und bleibt ebenfalls ein und derselbe. Der Besitz dagegen kann verschiedene Rechtsursachen haben und einen mannigfachen Character annehmen[90]); es bleibt zwar immer der-

---

87) So meint z. B. **Pernice**, Labeo, II, S. 193, und alle diejenigen, welche in der causa possessionis den Usucapionstitel erblicken. Freilich enthält jeder Usucapionstitel, soweit er geeignet ist, zur Usucapion zu führen, eine besondere causa possessionis, nämlich die causa usucapionis, nicht aber ist jede causa possessionis Usucapionstitel.

88) So meint **Klein**, a. a. O., S. 441; er will durch diese Fassung sogar der Detention eine causa possessionis verschaffen.

89) l. 40. § 3. D. de acquir. vel am. possessione 41, 2.

90) l. 3. § 4. D. eod. Ohne Grund findet **v. Scheurl**, a. a. O., S. 69, in dem Schluß dieser l. 3. § 4. einen Irrtum des **Paulus**. Es besteht sehr wohl ein Unterschied zwischen der causa possessionis und der causa dominii. Ich kann eine Sache besitzen zugleich pro herede und pro emtore, z. B. wenn ich Erbe des pro-emtore-Besitzers der Sache geworden zu sein glaube. Und dieser Doppeltitel ist nicht ohne Bedeutung. Auf den Titel pro herede werde

selbe Besitz, dasselbe thatsächliche Haben einer Sache mit dem animus rem sibi habendi; aber es ändert sich mit der Wandlung der Rechtsursache zugleich der Rechtsinhalt. An und für sich ist also eine Veränderung der causa possessionis wohl möglich. Gerade an dieser Stelle nun setzt unsere Rechtsregel ein. Allerdings, so will sie sagen, kann die gegenwärtige causa possessionis eine andere sein als die ursprüngliche, sie kann sich verändert haben. Um indessen rechtlich in Betracht zu kommen, darf diese Wandlung nicht vom Besitzer selbst eigenmächtig, in der Absicht, einen Vorteil im Rechte zu erlangen, erfolgt sein. Die Rechtslage des Besitzes, welche die sein Entstehen vermittelnde Rechtsursache geschaffen, dauert und wirkt fort solange, bis eine neue, von der Eigenmacht des Besitzers unabhängige Rechtsthatsache sie wandelt.[91])

2. Umfang der Geltung der Rechtsregel.

§ 9. a. Verwandlung der Detention in juristischen Besitz.

Zur Auffindung der einzelnen Fälle, in welchen unsere Rechtsregel ihrem Umfange nach gilt, giebt uns **Julian** im allgemeinen einen Wegweiser in l. 33. § 1. D. de usurp. et usuc. 41, 3

ich mich stützen, wenn der wahre Erbe etwa mit der Singularklage gegen mich vorgehen will; auf den Titel pro emtore dagegen, wenn der venditor nachträglich, z. B. durch Erbgang, das Eigentum der Sache erlangt hat und jetzt mit der rei vindicatio dasselbe geltend machen will. Etwas anderes gilt für das Eigentum. Zwar meint v. Scheurl, a. a. O., S. 70, der Erbe des Käufers müsse doch auch mit Beziehung auf das Eigentum sagen: die Sache ist mein, weil ich sie von X ererbt habe und weil dieser sie von ihrem Voreigentümer gekauft hat. Indes die Verschiedenheit beider Argumentationen liegt auf der Hand. Diese Gründe genügen nämlich noch keineswegs, um zu beweisen, daß die Sache sein Eigentum geworden, wenn er sie nicht mittlerweile usucapiert, d. h. durch eine besondere Eigentumserwerbsart zu eigen erhalten hat. Vielmehr gehört ihm die Sache, weil er Erbe des X und X ihr Eigentümer gewesen ist. Wenn sein Erblasser Eigentümer nicht gewesen, so kann auch er nicht behaupten, daß er Eigentümer sei, sondern er hat nur gutgläubigen Besitz. So ist die causa dominii eine, wenn je Eigentum erworben war, die causa possessionis dagegen wandelbar.

[91]) Die Regel enthält also denselben Gedanken, der uns begegnet auch in der römischrechtlichen Behandlung der mala fides superverniens (**Bekker**, a. a. O., S. 201): l. 40. § 2. D. de acquir. vel am. poss. 41, 2: servum tuum a Titio bona fide emi et traditum possedi, deinde cum comperissem tuum esse, ne eum peteres, celare coepi. non ideo magis hoc tempore clam possidere videri me ait.

cit.: quod vulgo respondetur ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis sciret se bona fide non possidere et lucri faciendi causa inciperet possidere. So oft also jemand weiß, er besitze oder er besitze fortan mala fide, und trotzdem einen neuen Besitz lucri faciendi causa beginnen will, so oft tritt unsere Regel in Kraft. Vorbedingung ist jedoch nach römischem und gemeinem Recht ein Besitz, welcher verändert werden soll. Ausgeschlossen aus dem Gebiete ihrer Herrschaft ist somit zunächst die Verwandlung der Detention in juristischen Besitz; denn die Detention ist kein Besitz und hat keine causa possessionis; es fehlt also Vorbedingung und Gegenstand für die Regel.[92] Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt das Allgemeine Landrecht. „Wer eine Sache ursprünglich blos für einen andern inne hatte, kann durch seinen bloßen Willen, die Sache nunmehr für sich zu haben, den Besitz derselben nicht erlangen“[93]); „wer eine Sache für einen andern inne hatte, oder unvollständig besitzt, kann diesen seines Besitzes nur durch solche Handlungen entsetzen, welche die Eigenschaften einer neuen Besitzergreifung an sich haben“[94]); „wenn . . der bisherige Besitzer seinen Willen, dem bisherigen Inhaber die Rechte des Besitzes einzuräumen, auf eine rechtsbeständige Weise erklärt, so ist diese Erklärung als eine neue Uebergabe anzusehen“[95]). Nach dem A. L. R. stellt demnach die Contrectation einer in Verwahrung gegebenen oder zu unvollständigem Besitz eingeräumten Sache durch den bloßen Willen überhaupt keinen Besitzerwerb dar. Soweit diese Abweichung vom römischen Rechte sich auf den unvollständigen Besitz bezieht, enthält sie eine positive Ausdehnung des Geltungsbereichs unserer Rechtsregel; denn der unvollständige Besitz wird vom A. L. R. als Besitz betrachtet, und so kann die Veränderung desselben eine causae possessionis mutatio genannt werden; auf die bloße Innehabung trifft das nicht zu. Der Grund aber für diese extensive Interpretation unserer Rechtsregel dürfte liegen in dem weniger juristischen als ethischen Prinzip des A. L. Rs., daß niemand durch eine unerlaubte Handlung Besitzrechte sich verschaffen kann[96]), in dem Princip, nach welchem

[92]) Anders die herrschende Ansicht.
[93]) § 69, I, 7 A. L. Rs.
[94]) § 125, I, 7 A. L. Rs.
[95]) § 70, I, 7 A. L. Rs.
[96]) **Koch**, Allgemeines Landrecht, I, S. 338, Anm. 47.

auch der Dieb jedes Besitzrechts entbehrt. Mit dem A. L. R. stimmt grundsätzlich überein das österreichische B. G. B. in § 319: „Der Inhaber einer Sache ist nicht berechtigt, den Grund seiner Gewahrsam eigenmächtig zu verwechseln und sich dadurch eines Titels anzumaßen.[97]) Dagegen ist zu den Grundsätzen des römischen und gemeinen Rechts zurückgekehrt das B. G. B. für das Deutsche Reich. Dasselbe hat zwar den Begriff der Detention nicht aufgenommen, unterscheidet vielmehr mit Rücksicht auf die unter diesen gemeinrechtlichen Begriff fallenden Besitzverhältnisse zwischen dem sog. Besitzdiener, d. h. demjenigen, welcher die thatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft ausübt und den auf die Sache sich beziehenden Weisungen desselben Folge zu leisten hat[98]), und dem sog. Besitzmittler, d. h. dem Nießbraucher, Pächter, Mieter, Verwahrer und anderen, die auf Zeit zu besitzen berechtigt oder verpflichtet sind[99]), und zwar in der Weise, daß dem Besitzdiener jedes Besitzrecht abgesprochen, dem Besitzmittler dagegen das volle Besitzrecht beigemessen wird[100]). Indessen findet auch nach dem B. G. B. die Regel: nemo sibi etc. auf die eigenmächtige Verwandlung dieser Besitzverhältnisse in den Eigenbesitz durch Contrectation keine Anwendung[101]). Hinsichtlich des sog. Besitzdieners dürfte dies nicht zweifelhaft sein.[102]) Der Entschluß des sog. Besitzmittlers dagegen, seinen Besitz durch Contrectation zum Eigenbesitz umzugestalten, enthält allerdings eine eigenmächtige Veränderung der causa possessionis. Aber auch sie kann von der Regel nicht getroffen werden; denn es fehlt hier ebenso wie bei der Verwandlung des gemeinrechtlichen abgeleiteten Besitzes des Pfandgläubigers, des Sequesters, des Precaristen in den

---

[97]) **Randa**, a. a. O., S. 473: „Der § 42, II des westgalizischen G. B. führte als Beispiel an: „„es steht z. B. niemandem zu, ein geliehenes Vieh für ein geschenktes anzusehen.““

[98]) § 855 B. G. B. Vgl. **Fischer — Henle**, Bürgerliches Gesetzbuch, § 855.

[99]) § 868 B. G. B. Vgl. **Fischer — Henle**, a. a. O., § 868.

[100]) §§ 855, 868 B. G. B.

[101]) § 858 B. G. B.

[102]) Der erste Entwurf erkannte dies ausdrücklich an in § 813, Abs. 2: „Solange der Inhaber die thatsächliche Gewalt behält, wird durch eine Handlung desselben der Besitz nur dann beendigt, wenn der Inhaber gegenüber dem Besitzer den Willen erklärt, die thatsächliche Gewalt nicht mehr für den Besitzer, sondern für sich oder einen dritten auszuüben.“

Eigenbesitz durch Contrectation an dem Erfordernis des animus lucri faciendi, indem auch der Besitzmittler Schutz gegen Besitzentziehung und Besitzstörung genießt, die Vertragsklage aber auf Rückgabe der Sache nach Beendigung des Rechtsverhältnisses dem mittelbaren Besitzer, von dem der Besitzer den Besitz ableitet, auch durch die Contrectation nicht genommen wird.

§ 10. b. Verwandlung des fehlerhaften Besitzes in fehlerfreien Besitz.

Unterworfen ist dagegen der Regel jede eigenmächtige Verwandlung des juristischen Besitzes lucri faciendi causa. Hierher gehören alle diejenigen Fälle, in welchen ein minderberechtigter Besitz verwandelt werden kann in einen besserberechtigten, sofern die Verwandlung mala fide und eigenmächtig, d. h. wissentlich ohne Rechtsgrund oder ohne Einwilligung des oder der hinsichtlich des Besitzes Besserberechtigten oder ohne beides erfolgt. Im einzelnen trifft also unsere Regel zunächst die Verwandlung des Rechts aus fehlerhaftem Besitz in das Recht aus fehlerfreiem Besitz. Wer vi, clam, precario ab altero besitzt, genießt freilich jedem Dritten gegenüber Schutz gegen Besitzstörung und -entziehung. Derjenige aber, von welchem der Besitz fehlerhaft abgeleitet wird, kann ihm denselben durch das interdictum unde vi bezw. die Spolienklage oder das interdictum uti possidetis in seiner recuperatorischen Function[103]) wieder abringen, nach vorjustinianischem Recht und auch nach dem B. G. B.[104]) sogar mit Gewalt, ohne selbst dem interdictum unde vi zu verfallen. Wenn nun ein vitiosus possessor demjenigen den Besitz vorenthält, von dem er ihn vi, clam oder precario erlangt hat, so ist dieser Wille rechtlich unerheblich. Das Recht des vitiosus possessor auf Interdictenschutz gegen jegliche Störung cessiert gegenüber dem alter, ist also insoweit beschränkt, und eigenmächtig kann er sich diese Rechtslage seines Besitzes nicht verändern.

---

[103]) Vgl. **Savigny**, Recht des Besitzes, S. 405, **Dernburg**, Pandecten, I, S. 441.

Die recuperatorische Function des interdictum uti possidetis erkennt nicht an **Schmidt**, Interdictenverfahren, S. 112, 113, vgl. **Dernburg**, a. a. O.

[104]) § 861 B. G. B.

§ 11. c. Verwandlung des Rechts aus dem Besitze in das Recht zum Besitze.

Der Rechtsregel: nemo sibi etc. unterliegt weiter die eigenmächtige Verwandlung desjenigen Besitzes, mit welchem nur das Recht aus dem Besitz sich verbindet, in einen solchen, welcher zugleich das Recht auf den Besitz giebt.[105] Dahin gehört zunächst die Verwandlung des unrechtmäßigen Besitzes (iniusta possessio) in den sog. abgeleiteten Besitz des gemeinen Rechts oder in den unvollständigen Besitz des A. L. Rs. oder in den Besitz des sog. Besitzmittlers im Sinne des B. G. Bs. Jemand entwendet z. B. aus einer Bibliothek ein Buch in der Absicht, dasselbe sich anzueignen. Bald darauf empfindet er Reue über den Diebstahl. Da ihm aber zugleich gegen den Eigentümer der Bibliothek eine Darlehnsforderung zusteht, so beschließt er, fortan das Buch als Pfand für diese Forderung zu besitzen. Dieser Entschluß macht ihn nicht zum Pfandbesitzer; denn er würde die Rechtslage seines Besitzes eigenmächtig verbessern, indem er als fur zwar Interdictenschutz genießt, aber gegenüber der actio spolii oder der condictio furtiva rechtlos ist, als Pfandbesitzer dagegen außer dem Interdictenschutz noch die exceptio aus seinem dinglichen Recht auf den Besitz der Pfandsache gegenüber der rei vindicatio des Eigentümers hätte. Erst recht aber ist es unmöglich, den unrechtmäßigen Besitz wissentlich und eigenmächtig zum Usucapionsbesitz zu stempeln; denn es fehlt dieser Umwandlung stets an der bona fides, oder sie beruht doch wenigstens auf einem error iuris. Die Ehefrau kann deshalb nach gemeinem Recht nie den Ersitzungsbesitz der von dem Ehemann ihr während der Ehe geschenkten Sache auch nach Scheidung derselben erlangen allein durch den Entschluß, pro donato zu besitzen; ebensowenig der Legatar an vermachten Gegenständen, welche er bereits in Besitz genommen hat[106]), der Pächter an den Früchten der gepachteten

---

105) Man könnte zweifeln, ob in diesem Falle eine mutatio causae possessionis, eine Veränderung der Rechtslage des Besitzes vorliege, da das Recht auf den Besitz oder zum Besitz eine Rechtswirkung des Besitzes im eigentlichen Sinne nicht mehr genannt werden kann (**Randa**, der Besitz, S. 151, ff.). Indessen man wird auch diese höhere Berechtigung als in der causa possessionis enthalten betrachten müssen, da sie sich nun einmal mit dem Besitze verknüpft. Das entspricht auch durchaus den Quellen. Denn meistens erwähnen dieselben unsere Regel bei Gelegenheit solcher Rechtsfälle, in denen es sich um die Veränderung des Nichtusucapionsbesitzes in den Usucapionsbesitz handelt.

106) l. 1. § 2. D. quod legator. 43, 3.

Sache[107]), wenn nicht die Genehmigung des Erben bezw. des Verpächters hinzutritt; ebensowenig der Finder an verlorenen Sachen, die er unterschlägt; alle diese Personen genießen höchstens den Schutz der Klagenverjährung. Aus demselben Grunde kann nach canonischem und gemeinem Recht auch der Usucapionsbesitzer, welcher mala fide superveniente clandestinus possessor geworden ist, durch bloßen Willensentschluß den Usucapionsbesitz rechtswirksam nicht fortsetzen.

Auf die iuris quasi possessio wenden die Quellen unsere Regel nicht an. Die Ersitzung einer Servitut war nach klassischem römischem Recht ohne bona fides und ohne Titel möglich — si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse[108]) — mithin auch die Verwandlung der wissentlich unrechtmäßigen iuris quasi possessio in Ersitzungsbesitz, es sei denn, daß die iuris quasi possessio vi oder clam oder precario erlangt war. Das heutige Recht verlangt dagegen gemäß dem recipierten Grundsatz des canonischen Rechts: ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei alienae conscientiam habuerit[109]) zu jeder Ersitzung bona fides[110]) und verbietet daher auch, im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit eine Ersitzung durch iuris quasi possessio zu beginnen bezw. bei mala fides superveniens fortzusetzen. Wenn also jemand bereits den Rechtsbesitz hat, darf er freilich ohne Titel, nicht aber mala fide die Ersitzung des Rechts beginnen; soweit seine Eigenmacht den Titel zu ersetzen vermag, unterliegt dieser Entschluß der Rechtsregel nicht; doch weil schon die bona fides wenigstens den Glauben an einen Titel in sich schließt, so kann man behaupten, daß das heutige Recht auch die eigenmächtige Verwandlung eines Rechtsbesitzes in Ersitzungsbesitz untersage. Eine iuris quasi possessio vitiosa in Ersitzungsbesitz zu verwandeln, verbot schon das römische Recht. Hierauf beruht die Entscheidung

---

[107]) l. 6. D. de donationibus 39, 5.

[108]) l. 10. pr. D. si servitus vindicetur 8, 5 (Ulpianus). Vgl. E. d. R. G. Bd. 4, S. 137.

[109]) c. 20. X de praescriptionibus 2, 26.

[110]) **Vangerow**, Pandecten, I, S. 766. **Dernburg**, Pandecten, I, S. 624.

des Obertribunals vom 31. Oktober 1803, welche demjenigen den Beginn einer Verjährung untersagt, der gegen eine jährliche Haidemiete zum Raff- und Leseholz berechtigt ist[111]).

§ 12. d. Verwandlung des Usucapionsbesitzes.

Es fragt sich schließlich, ob unsere Rechtsregel auch innerhalb des Usucapionsbesitzes selbst Anwendung finde. **Accursius** scheint gerade in dem Usucapionsbesitze dasjenige Gebiet zu erblicken, auf welchem sie eigentlich herrscht. Denn er führt zur Erläuterung von l. 3. § 19. D. 41, 2 cit. das Beispiel an: si possideam pro emtore, constituam me in animo possidere pro donato[112]). Eine causae possessionis mutatio liegt auch hier vor; denn der Usucapionsbesitz einer geschenkten Sache hat einen anderen Character als der einer gekauften, indem z. B. die Schenkung unter Umständen der actio revocatoria unterliegt. Indessen es fehlt demjenigen, welcher seinen Besitz pro emtore in den Besitz pro donato verwandeln will, zunächst an dem animus lucrifaciendi; denn er würde ja sein Recht nicht zu verbessern beabsichtigen. Hätte Accursius dagegen den umgekehrten Fall gewählt, so wäre die Anwendbarkeit unserer Regel nicht ausgeschlossen; der Geschenknehmer, welcher den Vorsatz faßt, fürderhin pro emtore zu besitzen, beabsichtigt damit vielleicht, der Rückforderungsklage sich zu entziehen. Die Rückforderungsklage gründet sich aber auf den Rechtsgrund der Uebertragung des Besitzes, den sog. Besitztitel. Die Schenkung stellt eben dar eine Tradition unter der gesetzlichen Auflösungsbedingung, daß der Geschenkgeber bei Eintritt gewisser Voraussetzungen von seinem Widerrufsrechte Gebrauch macht; die actio revocatoria des Geschenkgebers inhäriert somit bedingtermaßen bereits dem titulus possidendi und der causa possessionis. Praktisch werden kann dieser Fall bei gewissen Abarten der Schenkung, welche einem gegenseitigen Vertrage ähnlich erscheinen, z. B. bei der donatio remuneratoria. Was für den Versuch, den Besitz pro donato in den Besitz pro emtore zu verwandeln, gilt, trifft zu auch auf jeden eigenmächtigen Veränderungsversuch im Bereiche des Usucapionsbesitzes, so oft eine vorteilhafte Wandlung des einen Usucapionsbesitzes in den andern an sich denkbar ist.

---

111) **Koch**, Allgemeines Landrecht, S. 338, Anm. 47.

112) glossa zu posse l. 3. § 19. D. 41, 2 cit.

§ 13. e. usucapio pro herede und usureceptio.

Im Gegensatz zum spätern römischen und gemeinen Recht kannte das alte römische Recht Fälle, in welchen res alienae eigenmächtig in Usucapionsbesitz genommen werden konnten. Eigenmächtige Besitzergreifung von Erbschaftssachen, bevor der Erbe angetreten hatte, führte selbst bei Grundstücken in einem Jahre zur usucapio pro herede.[113] Und wer eine Sache fiduciae causa seinem Freunde zur Aufbewahrung oder seinem Gläubiger zum Pfande mancipiert oder in iure cediert hatte, erlangte das Eigentum derselben durch einjährigen eigenen Besitz, durch die sog. usureceptio wieder.[114] Wie nun, wenn ein gutgläubiger titulierter Besitzer eines Grundstücks, z. B. ein Besitzer pro emtore, nachdem er erfahren, daß der Verkäufer gestorben sei, bezw. daß er selbst die von ihm gekaufte Sache dem Verkäufer fiduciae causa mancipiert habe, beschlöß, statt in zwei Jahren schon in einem das Eigentum zu erlangen? Wie ferner, wenn er garnicht gutgläubigen titulierten, sondern nur juristischen Besitz hatte, ja, wenn er nur Depositar war? In all diesen Fällen trat nach altem römischen Recht die usucapio pro herede bezw. die usureceptio ein. Ganz allgemein sagt Gajus: rursus ex contrario accidit, ut, qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat. Weder Titel also noch bona fides wurde erfordert. Schon in der Republik aber empfand das römische Rechtsbewußtsein die Unbilligkeit dieser Ersitzungen und suchte sie für gewisse Fälle auszuschließen. Dies beweist l. 2. § 1. 2. D. pro her. vel pro poss. 41, 5 cit. Im Sinne der Justinianischen Compilation und wohl auch im Sinne Julians handelt es sich hier freilich um die neue usucapio pro herede, welche ohne bona fides und titulus ausgeschlossen ist. Interpretiert man die Stelle aber historisch, so spricht sie zugleich von der alten usucapio pro herede. Julian berichtet, daß Servius Sulpicius die usucapio pro herede dem filius exheredatus rücksichtlich solcher Sachen, welche ihm von seinem Vater geschenkt waren, verweigert habe, und erwähnt ein responsum, welches auch dem Depositar und Commodator dieses Recht abgesprochen habe. Servius Sulpicius gehört noch der republikanischen Periode an, und das von Julian erwähnte responsum kann nur in der ersten Kaiserzeit ergangen sein. Sowohl in der letzten Zeit der Republik

---

[113]) Gai instit., II, 52.
[114]) Gai instit., II, 59, 60.

als auch in der ersten Kaiserzeit bis Hadrian stand aber das Institut der alten usucapio pro herede in voller Blüte, unterlag die Erbenersitzung den strengeren Regeln anderer Ersitzungen noch nicht. Sowohl der Ausspruch des Servius Sulpicius als auch das responsum bezieht sich also auf die alte usucapio pro herede. Beide aber erklären sie in den genannten Fällen, in welchen das Institut die Grundsätze der Billigkeit in besonders auffallender Weise verletzt, für ausgeschlossen. Ebenso hatte auch die usureceptio fiduciae ihre Schranken. War nämlich die Mancipation zum Zweck der Pfandbestellung vorgenommen und die Schuld noch nicht getilgt, so sollte der Fiduciarschuldner nicht usurecipieren dürfen, wenn er die Sache gemietet oder als precarium erhalten hatte.[115]) All diese Einschränkungen der Juristen stellen nur Ausnahmen dar, sie sind Ausflüsse der immer mehr Boden gewinnenden Grundanschauung, daß Eigentum ohne bona fides nicht ersessen werden dürfe. Gerade umgekehrt folgert aus diesen Sondererscheinungen — abgesehen von dem Schlusse aus der Aehnlichkeit der Ausdrücke, durch welche Gajus die usucapio pro herede und die usureceptio und die anderen Juristen die Regel: nemo sibi etc. kennzeichnen, auf eine besondere Beziehung zwischen unserer Regel und diesen beiden Sonderarten der Usucapion[116]) — unter dem Vorgange **Thon's** und **Savigny's**[117]) die herrschende Meinung[118]), daß ein bereits vorhandener Besitz die usucapio pro herede sowohl als auch die usureceptio hindere und daß unsere Regel gerade den Zweck habe, von diesen beiden Arten der Usucapion denjenigen auszuschließen, welcher bereits im Besitze sei. **Thon**[119]) erblickt geradezu in der Ausnahme die Regel. „Diese usureceptio," sagt er, „soll . . . vor Tilgung der Pfandschuld

[115]) Gai instit., II, 60.

[116]) Vgl. S. 28, 29.

[117]) Note 39.

[118]) Außer **Savigny** (Note 39), **Thon** und **Huschke** (Note 40) treten für diese Ansicht ein **Schirmer,** obwohl er die äußeren Gründe **Savignys** verwirft, a. a. O., S. 453/54, **Molitor** wenigstens für das vorjustinianische Recht, a. a. O., S. 86, **Pernice,** a. a. O., S. 192/193, welcher zugeben zu müssen glaubt, „daß jene beiden Institute die einzigen in klassischer Zeit noch practischen Anwendungsfälle der Regel bieten", obwohl der Satz allgemein laute, ferner **Klein,** a. a. O., S. 433 für die Jurisprudenz der Kaiserzeit, endlich auch **Randa,** a. a. O., S. 472, Anm. 6. Die entgegengesetzte Ansicht hat meines Wissens nur **Gans,** Scholien zum **Gajus,** S. 264.

[119]) **Thon,** Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Bd. 4, S. 108, 109.

nur dann stattfinden können, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret. . . . d. h. also . . wenn keine unstatthafte causae mutatio zu Grunde lag." Indessen **Gajus** sagt eben nicht, die usureceptio solle nur dann gestattet sein, wenn keine unstatthafte causae mutatio zu Grunde liege, jedem Besitzer dagegen versagt sein; er erwähnt weder die Detention auf Grund eines depositum, commodatum noch den Usucapionsbesitz als Ausschließungsgründe. Allerdings ist dies nur ein argumentum ex silentio; aber es lag für den Juristen doch sehr nahe, an dieser Stelle, nachdem er schon zwei Fälle hervorgehoben, auch unserer Regel Erwähnung zu thun, wenn sie überhaupt mit den beiden lucrativae usucapiones etwas zu schaffen hatte, wenn sie sogar die Tendenz verfolgte, denselben den lucrativen Character in sehr vielen Fällen zu nehmen. Gajus meint deshalb wohl nur zwei Ausnahmefälle, ohne an das Eingreifen unserer Regel dabei zu denken. Bezüglich der usucapio pro herede setzt **Julian** die erwähnten Ausnahmen allerdings ausdrücklich in Verbindung mit unserer Regel in l. 2. D. pro herede vel p. p. 41, 5 cit. Doch das kann bei Julian nicht mehr befremden. Zu seiner Zeit war die bösgläubige usucapio pro herede schon ein totes Institut. Zwar hatte **Hadrian** sie nicht verboten, sondern nur dem Erben die hereditatis petitio gegeben; auch nach Hadrian konnte man also noch giltig mala fide pro herede usucapieren. Indessen wenn Julian von usucapio pro herede redet, meint er wohl diejenige, welche unantastbares Eigentum verleiht, und dieser Erfolg konnte zu seiner Zeit nur noch bona fide erzielt werden. Hat er aber diese unantastbares Eigentum verschaffende usucapio pro herede im Auge, so enthält freilich l. 2. § 1. 2. D. 41, 5 cit. nichts als eine Anwendung unserer Rechtsregel. Für das alte römische Recht gab es jedoch keine Veranlassung, grundsätzlich demjenigen, welcher bereits einen gutgläubigen titulierten Besitz hatte, die alte usucapio pro herede und die usureceptio zu verweigern, jedem andern dagegen, der sich nur in den Besitz der Sache setzte, sie zu gewähren.[120] Hätte das der Billigkeit denn nicht widerstrebt? Und konnte man insbesondere mit Rücksicht auf die usucapio pro herede hoffen, den Zweck des Instituts, der Verzögerung des Antritts der Erbschaft, der Vernachlässigung

---

120) **Gans**, a. a. O., S. 264.

der sacra und der Hinhaltung der Erbschaftsgläubiger vorzubeugen[121]), durch diese Beschränkung besser zu erreichen? Diese beiden altrömischen Rechtsinstitute scheiden deshalb aus dem Gebiete unserer Rechtsregel auch für das vorjustinianische Recht aus. Während die durch das Entstehen des Besitzes einmal geschaffene Rechtslage desselben, greift sie vielmehr nur dann ein, wenn eine neue Rechtslage für denselben Besitz begründet werden soll durch Eigenmacht, welcher das Recht die Anerkennung versagt.

C. § 14. Was für eine rechtliche Bedeutung hat die Regel?

Man kann nunmehr zu der Frage sich veranlaßt fühlen, ob unsere Rechtsregel denn überhaupt eine Bedeutung für die Besitzlehre habe, mit Rücksicht auf welche sie in den Quellen so oft erwähnt wird. Ist man nicht vielmehr, wenn sie den soeben festgestellten Sinn hat, berechtigt, sie auf jedes andere Rechtsinstitut, z. B. das Eigentum auszudehnen?[122]) Nach **Jhering**[123]) drückt die Regel in der That nichts anderes aus als die Machtlosigkeit des subjectiven Willens gegenüber der objectiven Rechtsregel; und **Scheurl**[124]) spricht dem Satze den Character einer Rechtsregel im engeren Sinne, d. h. einer rechtlichen Vorschrift für das Handeln, eines positiven Rechtsverbots, wodurch etwa einer grundlosen Beschädigung anderer gewehrt werden sollte, ab und hält ihn für ein analytisches, d. h. aus dem Begriffe der causa possessionis entnommenes Urteil; die causa possessionis sei nach ihrem Begriff eben eine gegebene Thatsache, die nicht ungeschehen gemacht werden könne. **Savigny**[125]) dagegen erblickt in dem Satze: nemo sibi etc. eine ganz positive Rechtsregel, welche die Rücksicht auf die erwähnten beiden Sonderarten der Usucapion ins Leben gerufen habe. Eine positive Vorschrift scheint die Regel auch **Baron** zu enthalten[126]). Die Ansichten **Jhering's** und **v. Scheurl's** auf der einen und die **Savigny's** auf der andern Seite vereinigt

---

[121]) **Gai** institut., II, 55.

[122]) Dieser Vorwurf ist den Gegnern der Savigny'schen Auffassung gemacht worden von Gesterding, Nachf., V, 2.

[123]) **Jhering**, Besitzwille, S. 358. Vgl. **Baron**, Zur Lehre vom Besitzwillen (Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. 29, S. 203).

[124]) **v. Scheurl**, a. a. O., S. 69.

[125]) a. a. O., S. 75.

[126]) a. a. O., S. 204.

Randa [127]). Er sieht in der Regel für das heutige Recht „einen selbstverständlichen Satz“, für das vorjustinianische Recht ein Rechtsmittel gegen die pro herede usucapio von Seiten der Besitzer und Depositare oder Pächter. Und diese Ansicht teilt auch **Klein** [128]), nur scheint ihm im Gegensatz zu Randa der Urzweck der Regel zusammenzufallen mit der Rolle, welche sie nach Randa im heutigen Rechte spielt. Die Parömie, so führt Klein aus, sei nicht als wissenschaftliches Theorem, als ein der Rechtslehre dienendes Stück Schulweisheit aufgestellt worden, sondern als eine Regel für das gemeine Rechtsleben und zum täglichen Gebrauch, welche die nächste, nur für Juristen selbstverständliche Consequenz des Ersitzungserfordernisses der zweiseitigen rechtsgeschäftlichen causa und die Unzulässigkeit der einseitigen Um- und Abänderung einzuprägen und zu popularisieren bestimmt war; die Jurisprudenz der Kaiserzeit aber confisciere den unterweisenden Satz der republikanischen Juristen und mache die Parömie zu einem Kampfsatz gegen die von ihr so sehr befehdete improba pro herede usucapio. Daß die Erklärung Savigny's und derjenigen, welche ihm folgen, den Quellen nicht gerecht wird, dürfte die Untersuchung bis dahin gezeigt haben. Die Regel begegnet uns als ein Grundsatz gerade der Besitzlehre. Somit kommen die Auffassungen von Scheurl, Jhering, zumteil auch von Randa und Klein ihrer rechtlichen Bedeutung bereits näher. Die Schwierigkeit, in das wahre Wesen der Regel einzudringen, hat meines Erachtens ihren Grund in der Abweichung unseres Rechtsbewußtseins bezüglich der Auffassung des subjectiven Rechts vom altrömischen Rechtsbewußtsein. „Die Selbsterschaffung des Rechts der Beteiligten durch ihren Willen war das Ideal der Römer, welches sie möglichst zu verwirklichen suchten. Den realen Verhältnissen gegenüber war dies freilich nicht selten nur in künstlicher und gezwungener Weise thunlich. Dem deutschen Recht dagegen galt als naturgemäß, daß das Individuum infolge seiner Geburt, socialer Momente, der Lebensverhältnisse in gegebene Rechtsbeziehungen eintrete. Der individuelle Wille hatte daneben ursprünglich nur einen sehr beschränkten Raum. Erst mit der Reception des römischen Rechts wurde dem Willen des einzelnen sowohl im Verkehr unter Lebenden als bei letztwilligen Verfügungen

---

[127]) a. a. O., S. 472, Anm. 6.

[128]) a. a. O., S. 440/443.

freie Bahn gegeben. Aber die römische Grundanschauung, wonach der Erwerb an Rechten normaler Weise nur aus dem Willen des Berechtigten hervorgeht und die Rechtspflichten grundsätzlich nur auf dem Willen des Verpflichteten beruhen, blieb eine fremde." Der so treffend von **Dernburg**[129]) gekennzeichnete Unterschied in der Rechtsauffassung scheint mir den Schlüssel zu bieten zum Verständnis auch unserer Regel. Was ist Besitz im Sinne des römischen Rechts? Nichts als die thatsächliche Ausübung eines Rechts. Es ist also an sich kein Recht, sondern eine Willensbethätigung, welche dem Inhalt eines Rechts entspricht. Obwohl aber nichts mehr als eine That des Willens, genießt der Besitz Schutz. Der Grund, auf welchem dieser Schutz beruht, liegt im Wesen des Besitzes selbst; denn qualiscumque possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille, qui non possidet[130]). Ist also der Besitz nichts mehr als eine That des Willens und genießt er seiner selbst wegen Rechtsschutz, so ist der Wille auch zugleich der Grund dieses Schutzes. **Ihering** bekämpft allerdings diese Auffassung. Der Besitz werde, so führt er aus, geschützt als Thatsächlichkeit des Eigentums, als sogenannte Eigentumsposition. Weil in der Mehrzahl der Fälle nur der Eigentümer besitze, der Beweis des Eigentums aber schwierig sei, so könne das Recht gewähren und gewähre in der That schon der Eigentumsposition, d. h. dem bloßen Besitze Schutz[131]). Wenn das römische Recht diesen Schutz ausdehne auf den besitzenden Nichteigentümer und diesem selbst gegenüber dem nichtbesitzenden Eigentümer zugestehe, so sei das „eine üble Zugabe, die man mit in den Kauf nehmen müsse", „eine leidige, aber unvermeidliche Consequenz, der Preis, den das Gesetz zahlen müsse, um dem Eigentümer den ihm zugedachten erleichterten Eigentumsschutz zuzuwenden"[132]). Diese Begründung des Besitzschutzes ist aber unhaltbar. Die Römer haben einer absoluten, nicht einer relativen Besitzrechtstheorie gehuldigt.[133]) Ferner widersprechen der Theorie Iherings's diejenigen Aussprüche der römischen Juristen, welche betonen, daß Besitz und Eigentum

[129]) **Dernburg**, Pandecten, I, S. 185/186. **Ihering**, Geist des römischen Rechts, I, S. 109.

[130]) l. 2. D. uti possidetis 43, 17.

[131]) **Ihering**, Über den Grund des Besitzschutzes, S. 45 ff.

[132]) a. a. O., S. 55.

[133]) Siehe Anm. 130.

nichts mit einander gemein haben[134]), und der bekannte Satz, daß der Eigentumseinwand des Beklagten gegenüber den Interdicten nichts verschlägt.[135]) Am schwächsten aber erweist sie sich in der Erklärung, welche sie für den Schutz des besitzenden Nichteigentümers giebt. Das ist ja doch gerade die Frage, weshalb die Römer den Besitzschutz soweit ausdehnen, daß auch dem Diebe und Räuber die Interdicte zustehen. Wäre ihnen diese Ausdehnung als „leidige" Consequenz erschienen, was hinderte sie denn, diese Consequenz, wie sie es so oft thun, durch eine positive Bestimmung auszuschließen? Nicht eine leidige Cosequenz, nein, das Wesen des römischen Besitzrechts tritt uns entgegen in diesem Schutz des Diebes und Räubers. Die Energie, welche einen Ausschnitt aus dem Kreise der menschlichen Güter sich unterwirft, scheint dem römischen Rechte des Schutzes würdig und bedürftig als Ausdruck der Persönlichkeit. „Was die Thatkraft geschaffen, was sie erworben und erkämpft, dem drückte das Rechtsgefühl seinen Stempel auf, machte es zu einem Teile der Person selbst und verdoppelte damit die Kraft, mit der es behauptet ward."[136]) Der Grund für den Rechtsschutz und die Rechtsbefugnisse, welche sich mit einem Besitze verbinden, bleibt also der

---

[134]) l. 12. § 1. l. 52. D. de acquir. vel am. poss. 41, 2. Die von **Ihering** a. a. O., S. 46 gegebene Erklärung, nach welcher diese Stellen nur von der practischen oder dogmatischen Selbständigkeit des Besitzes gegenüber dem Eigentum sprechen, befriedigt wenig.

[135]) Ich bin in dieser Bekämpfung der **Ihering'schen** Theorie im wesentlichen gefolgt der von Herrn Geheimrat Prof. Dr. **Eck** in Berlin, meinem hochverehrten Lehrer, in seinen Vorlesungen über Pandecten vorgetragenen Ansicht.

[136]) **Ihering**, Geist des römischen Rechts, I, S. 109. Andererseits bedarf es aber auch nur dieses Grundes zur Erklärung des Schutzes, welchen die Interdicte gewähren. Denn diese beschränken sich gerade darauf, den Besitzer gegen Gewalt (vis), gegen Eingriffe in die Integrität des durch seinen Willen geschaffenen Besitzstandes zu sichern. **Ihering** meint in seinem Buche: Der Besitzwille, S. 50, weil bereits die Detention einen Rechtsschutz genieße und dieser sich darstelle als Schutz des Willens oder der Persönlichkeit, so gehe das Recht mittelst der Interdicte über die Idee des Schutzes des Willens oder der Persönlichkeit im Besitzverhältnisse hinaus und müsse zur legislativen Motivierung der Interdicte ein anderer Gedanke angerufen werden. Freilich ist auch der schwächere Schutz, welchen die Detention genießt, zu betrachten als Anerkennung des auch in diesem Besitzverhältnisse zum Ausdruck kommenden Willens durch das Recht. Aber, wie **Ihering**, a. a. O., S. 341 ff., 362 selbst ausführt, sind Detention und Besitz ja nicht wesentlich von einander verschieden, beruhen vielmehr beide auf demselben allgemeinen Besitzwillen und entsteht stets Besitz, soweit nicht eine der gesetzlichen causae detentionis aus

Wille. Den Willen kann nun aber jeder ändern und ihm eine andere Richtung geben. Andererseits nehmen auch je nach der Art der thatsächlichen Ausübung eines Rechts der Rechtsschutz des Besitzes und die demselben entspringenden Rechtsbefugnisse verschiedene Gestalt an. Hat nun die Aenderung des Besitzwillens zur Folge die Aenderung des Rechtsschutzes eines Besitzes? Vom Standpunkt der reinen Logik könnte man sich verleiten lassen, die Frage zu bejahen, da der Wille der Grund für den Rechtsschutz des Besitzes ist und die Aenderung der Ursache eine Aenderung der Wirkung hervorruft. Solch einer Schlußfolgerung tritt in den Weg die Rechtsvernunft. Nur im allgemeinen wird der Besitzwille geschützt, nur im allgemeinen giebt die allen Besitzverhältnissen zu Grunde liegende affectio tenendi dem Besitzer eine Zahl von Rechtsbefugnissen. Allein die Art des Schutzes und der Befugnisse vermag er nicht zu beeinflussen. Daß der eine Besitz nur Interdiktenschutz genießt, dem anderen dagegen die Kraft innewohnt, Eigentum zu verschaffen, hängt ab von dem Verhältnis, in welchem die Willensbethätigung in concreto steht zu den Rechten anderer auf den Besitz der Sache bezw. in welches der Wille bei Begründung des Besitzes sich zu diesen Rechten gesetzt hat. Der Wille begründet also den Besitzschutz im allgemeinen, die Gestaltung desselben im besonderen Falle wird bestimmt durch Begleitumstände der Entstehung bezw. der Bethätigung des Besitzwillens. Vermag der Wille aber die besondere Rechtslage des Besitzes in concreto nicht zu schaffen, so kann er sie auch nicht verändern; denn die Veränderung besteht ja eben in der Verwandlung einer bestehenden in eine neue bezw. in der Hinzusetzung der neuen zur bestehenden, d. h. in einer Neuschöpfung. Durch diese Einschränkung der Herrschaft des Willens in dem Besitzrechte umschifften die Römer geschickt die Klippe, welche der an sich so gesunde Grundsatz, daß die Willensbethätigung als Urquelle alles Rechts Schutz verdiene, zugleich in sich enthält. Und diesem juristischen Takt verdankt unsere Rechts-

practischen Gründen ihn ausschließt. Folglich ist der Besitz die normale Form des Besitzverhältnisses und der Besitzschutz der normale Inhalt des an das Besitzverhältnis geknüpften Rechts, enthält dagegen die Detention und der mit ihr verbundene Rechtsschutz eine Ausnahme von der Regel. Wenn nun aber, wie soeben dargethan, der Besitzwille der Grund für den Besitzschutz ist, so kann daraus, daß dieser Besitzwille in gewissen Ausnahmefällen weniger geschützt wird, nicht gefolgert werden, daß der normale Besitzschutz nicht nur auf den Besitzwillen, sondern noch auf andere Momente außer demselben zurückzuführen sei.

regel ihr Dasein. Zwar ist, so will sie sagen, der Wille für das Besitzrecht die Grundlage; man darf daraus aber nicht folgern, daß er allein auch die Rechtslage des Besitzes im besonderen Falle zu verwandeln imstande sei. Diese bleibt vielmehr vom Willen unberührt, wenn derselbe sich eigenmächtig ändert. Für unser Rechtsbewußtsein bedarf es einer solchen Beschränkung nicht mehr; wir sind gewöhnt, unser Recht von der objectiven Seite, jede subjective Befugnis als ein Geschenk von der Rechtsordnung zu betrachten. Für uns enthält die Regel: nemo sibi etc. im ganzen etwas Selbstverständliches, „ein analytisches Urteil", wie **v. Scheurl** es nennt, eine Wahrheit, welche als Ergebnis sich darstellt aus den Rechtssätzen über die verschiedenen Rechtslagen des Besitzes, eine Wahrheit ohne bedeutenden praktischen Wert. Im Geiste des römischen Rechts dagegen bedeutet die Regel nicht ein Urteil der reinen Logik, sondern ein Urteil der praktischen Vernunft; sie zieht der Eigenmacht auf dem Gebiete des Besitzrechts ihre Schranken und stellt sich dar als zweiter Grundsatz der römischen Besitzlehre gegenüber der Eigenmacht. So konnte **Paulus** mit Recht sagen: illud quoque a veteribus praeceptum est[137]).

III. § 15. Zusammenstellung der Ergebnisse.

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich in folgenden Sätzen kurz zusammenfassen:

1. Nur der juristische Besitz hat eine causa possessionis.
2. Jeder juristische Besitz hat eine besondere causa possessionis.
3. Die causa possessionis ist an sich wandelbar.
4. Eigenmächtige Wandelung der causa possessionis erklärt für rechtlich unerheblich die Rechtsregel: nemo sibi causam possessionis ipse mutare potest.
5. Eigenmächtig ist die Wandelung, wenn sie erfolgt wider Treu und Glauben ohne Rechtsgrund oder gegen den Willen eines hinsichtlich des Besitzes Besserberechtigten um eines Besitzrechtsvorteils willen.
6. Die Regel: nemo sibi causam possessesionis ipse mutare potest hatte seit ihrem Ursprung stets denselben Sinn und Zweck; ihre rechtliche Bedeutung jedoch beruht auf dem altrömischen Rechtsbewußtsein, nicht auf dem modernen.

---

[137]) l. 3. § 19. D. de acquir. vel am. poss. 41, 2.

Lebenslauf.

Ich, **Carl Fieberg**, bin am 16. Februar 1870 in Frauenburg (Ostpr.) geboren. Ich gehöre der katholischen Konfession an. Nachdem ich Ostern 1890 vom Königl. Gymnasium in Braunsberg mit dem Zeugnis der Reife entlassen worden war, studierte ich zunächst am Königl. Lyceum Hosianum daselbst bis zum Herbst 1892 Philosophie, Theologie und Kirchenrecht. Sodann wandte ich mich dem Studium der Jurisprudenz und der Staatswissenschaften zu und widmete mich demselben an der Universität Berlin vom Herbste 1892 bis zum Herbste 1895. Vorlesungen hörte ich hier bei den Professoren bezw. Privatdocenten:

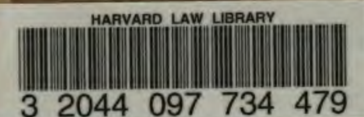
Brunner, Dambach, Delbrück, Dernburg, Eck, Gierke, Hinschius, Hübner, Kohler, Oertmann, Pernice, Rubo, Stoelzel, v. Treitschke, Wagner, Weber.

Am 11. November 1895 bestand ich in Königsberg i. Pr. die erste juristische Prüfung und wurde am 30. November 1895 zum Referendar ernannt. Als solcher war ich seither bei dem Amtsgerichte in Mehlsack, bei dem Landgerichte, der Staatsanwaltschaft und mehreren Rechtsanwälten in Königsberg i. Pr. beschäftigt. Am 26. Juli 1898 bestand ich in Breslau das examen rigorosum.



Über die Rechtsregel:

[...]usam possessionis ipse mutare potest.



Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Königlichen Universität zu Breslau

vorgelegt

und

mit Genehmigung derselben veröffentlicht

von

Carl Fieberg,

Referendar.



Breslau.

Schlesische Volkszeitungs-Buchdruckerei.

1898.